

Université de Montréal

**La considération des normes religieuses par le droit : les femmes et le divorce
religieux au Canada et aux États-Unis**

Par Frédérique Bourque

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté droit en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit
international option recherche

Décembre 2013

© Frédérique Bourque, 2013

Résumé :

Les normes juridiques étatiques cohabitent avec les normes juridiques religieuses. En résulte parfois un décalage pour les croyants. En ce qui concerne le divorce notamment, la conciliation entre ces deux ordres normatifs pose de nombreux problèmes. Ainsi, pour les femmes désirant dissoudre leur mariage, la reconnaissance des normes religieuses par le droit aura une incidence directe sur la réalisation de leurs droits fondamentaux. Cette étude s'attarde à la façon dont cohabitent ces ordres normatifs en droit et à l'impact de leur considération en ce qui a trait au divorce. Elle propose, plus spécifiquement, une analyse de ces questions centrée sur le droit canadien et le droit américain.

Mots clés : Liberté de religion, normes religieuses, internormativité, divorce religieux, get, talaq, femmes, droit international, droit canadien, droit américain, droit comparé.

Abstract :

State legal norms coexist with religious legal norms. For some believers this can cause a real gap between the prescriptions of state law and religious law. Regarding divorce, conciliation between these two normative orders poses many problems. Thus, for women wishing to dissolve their marriage, the recognition of religious norms by the state will have a direct impact on the achievement of their human rights. This study focuses on how these normative orders coexist and analyses the impact of their consideration in regard to divorce in Canadian law and in American law.

Key words: Religious freedom, religious norms, internormativity, religious divorce, get, talaq, women, international law, canadian law, american law, comparative law.

Table des matières

INTRODUCTION	8
AVANT PROPOS: PRÉCISIONS MÉTHODOLOGIQUES	13
A. Le phénomène de l'internormativité	14
B. La considération de l'internormativité comme le prolongement de l'accommodement multiculturel?	16
e	
I. LES FEMMES ET LA LIBERTÉ DE RELIGION: PERSPECTIVES INTERNATIONALES ET NATIONALES	19
A. Survol théorique: la liberté de religion en droit international, canadien et américain	20
1. La liberté de religion en droit international	20
a) Les instruments de droit international protégeant la liberté de religion	21
b) La portée de la liberté de religion en droit international	26
i. La dimension interne : la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction	28
ii. La dimension externe: le droit de manifester ses croyances religieuses	28
iii. La restriction de la manifestation des croyances religieuses	32
2. La liberté de religion en droit canadien :	33
a) La séparation de l'Église et de l'État	36
b) L'objection de conscience	38
3. La liberté de religion en droit américain	42
a) La clause de non-établissement	43
b) La clause de libre exercice	45
B. La liberté de religion et les femmes croyantes	49
1. La place des femmes au sein du groupe religieux	50
a) Les femmes comme force centralisatrice des minorités religieuses :	52
b) Un regard sur les normes religieuses touchant particulièrement les femmes	54
2. Une perspective féministe des droits humains	55
a) La protection de la liberté de religion des femmes en droit international	56
b) Les critiques posées sur les droits humains en droit international	58
i. Le relativisme culturel	60
ii. La théorie de la réflexivité:	61
c) L'impact du multiculturalisme sur la jouissance de la liberté de religion des femmes croyantes	65
C. Conclusion	70

II. REGARD SUR LA RÉCEPTION DE LA NORMATIVITÉ RELIGIEUSE AU CANADA ET AUX ÉTATS UNIS:

OBSERVATION DU DIVORCE RELIGIEUX	71
A. Mise en contexte	71
1. La migration des populations et ses impacts	72
2. Le pluralisme religieux et les États séculiers	74
3. Regard sur la situation des États étudiés: politique et diversité	76
B. Étude du cadre normatif des divorces juifs et musulmans	79
1. Le divorce chez les juifs	80
a) le get et ses effets :	81
b) Divorce civil, mariage religieux : les conséquences du déni de get	82
2. Le divorce chez les musulmans	84
a) Le divorce musulman et ses effets	85
i. Le talaq	85
ii. Le Khul et le Faskh : les divorces à la demande des femmes	86
b) Divorce civil, mariage religieux	88
i. Le déni de divorce en droit musulman	89
ii. L'affaire de l'arbitrage religieux au Canada: une illustration de l'importance du système normatif religieux	91
C. La gestion de la réalité internormative par les États	95
1. Approche législative	95
a) Regard sur l'article 21.1 de la <i>Loi sur le Divorce</i>	96
i. Vers l'adoption de l'article 21.1 de la Loi sur le divorce	99
ii. Les mesures à la disposition des parties afin de supprimer les obstacles religieux au remariage	100
b) Regard sur le <i>Get Statute</i>	103
i. La codification du Get Statute	103
ii. L'article 236	106
2. Approche judiciaire	108
a) L'apport de <i>Bruker c. Marcovitz</i> ; la réception de l'obligation religieuse en matière contractuelle	109
i. Bruker c. Marcovitz et la justiciabilité des questions comportant une dimension religieuse	110
ii. La réception du mahr et de la ketubah par les tribunaux canadiens :	113
b) La réception des normes religieuses dans l'État de New-York	116
i. L'apport de <i>Avitzur v. Avitzur</i>	116
ii. La réception judiciaire des obligations religieuses	119
D. Conclusion	125

III. CONCLUSION ANALYTIQUE	126
A. La liberté de religion et la reconnaissance de la normativité religieuse	127
B. La considération ponctuelle de la normativité religieuse en droit interne : les femmes croyantes et le divorce religieux	130
1. Traiter du religieux par le droit interne séculier :	132
2. De la « sphère privée » à l'intérêt public; les impacts de la prise en compte de la norme religieuse	133
 BIBLIOGRAPHIE	 136

D'abord, je tiens à remercier sincèrement Monsieur le professeur Jean-François Gaudreault-Desbiens qui a accepté de me diriger pour ce projet. Son support, son regard critique et ses nombreux conseils m'ont permis de faire de ce mémoire un travail à la hauteur de mes aspirations.

Je tiens aussi à remercier Me Agathe Simard et Me Gilles Bourque qui ont pris le temps de réviser l'ensemble de ce texte et qui ont su me soutenir tout au long de cette aventure.

Enfin, j'aimerais remercier tout spécialement Me Jessica Syms pour son aide quant à l'édition de ce mémoire.

La considération des normes religieuses par le droit : les femmes et le divorce religieux au Canada et aux États-Unis

La mondialisation et les changements que cette ère engendre, telle l'augmentation du phénomène migratoire et la diversification culturelle des sociétés, posent désormais des questions qui, il y a quelques années encore, ne préoccupaient encore que peu les États¹. Parmi celles-ci, on dénote que la gestion des minorités religieuses ne paraît laisser aucune nation occidentale indifférente. Nombre d'entre elles ayant complètement évacué la religion de la sphère publique, les États se voient confrontés, depuis déjà quelque temps, à la résurgence du phénomène religieux et de ce qui en découle; la manifestation des croyances².

Il ne fait aucun doute que les croyances et convictions religieuses font partie intégrante de l'identité individuelle³. Ces dernières forgent la conception de la vie des individus y adhérant. Il est donc élémentaire de faire en sorte que la liberté de croire et de professer ses convictions puisse être respectée et protégée⁴. Dans ce dessein, les États se

¹ Matthias Koenig et Paul de Guchteneire, « Political Governance of Cultural Diversity », dans Matthias Koenig et Paul de Guchteneire dir, *Democracy and Human Rights in Multicultural Society*, Aldershot et Burlington, Ashgate, 2007, 3 aux p. 3-5.

² Michael Ipgrave, « Religion in a democratic society », dans Nazila Ghanea, Alan Stephens et Raphael Walden dir, *Does God believe in Human Rights?*, Leiden et Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 45 à la p. 47 (Ipgrave).

³ Christin Chinkin, « Women Human Rights and Religion: How do they Co-Exist? », dans *Religion Human Rights and International Law*, Javaid Rehman Et Susan C. Breau dir, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2007 53. (Chinkin).

⁴ *Déclaration sur l'élimination de toutes formes d'intolérance et de discrimination fondée sur la religion ou la conviction*, Rés. AG 36/55, Doc. Off. AG, supp. no 51, Doc. NU A/36/684 (1981) 171; (On peut lire dans le préambule que « (...) la religion ou la conviction constitue pour celui qui la professe un des éléments fondamentaux de sa conception de la vie et que la liberté de religion ou de conviction doit être intégralement respectée et garantie »).

doivent de reconnaître l'existence d'une certaine diversité religieuse sur leur territoire⁵. Cette reconnaissance demeure essentielle à l'établissement d'une véritable liberté et à la pleine jouissance des droits fondamentaux, inaliénables et inhérents à chaque individu⁶. La liberté de pensée, de conscience et de religion constituant le fondement même d'une société démocratique⁷, la protection de l'identité religieuse s'avère un enjeu primordial tant en droit interne qu'en droit international.

Cependant, pour les États, il n'est pas toujours évident de travailler à la pleine réalisation des droits et libertés fondamentales dans un contexte de pluralité religieuse. La gestion de cette diversité est un exercice ardu qui a pour objectif d'allier la protection des droits et la préservation des identités religieuses. Elle impose aussi un certain effort de coordination entre le droit étatique et le droit dit religieux. L'ordre normatif religieux et l'ordre normatif étatique cohabitant au sein de l'État, la conjonction de ces deux univers normatifs⁸ peut suggérer des solutions à des problèmes juridiques en forme de point d'interrogation. Bien que possédant un impact variable dans la vie des croyants, il n'en reste pas moins que la religion puisse régulariser certains rapports entre les individus⁹. En vertu de leurs croyances, certaines personnes se voient dans l'obligation de respecter nombre de règles qui découlent non pas des lois étatiques mais de leurs convictions religieuses. Ainsi, outre le droit, ces croyants sont soumis à un ordre normatif que l'on pourrait qualifier de « parallèle ». En résulte une possible confrontation entre les valeurs prônées par l'État, tel le respect des

⁵ Ipgrave, *supra* note 2 à la p. 52.

⁶ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés AG 217 (III) Doc off AG NU 3^e sess, supp no. 13, Doc NU a/810 (1948) 71 (*Déclaration universelle des droits de l'homme*).

⁷ Ipgrave, *supra* note 2 à la p. 45 et Kevin Boyle, « Freedom of Religion in International law », Javid Rehman & Susan C. Breau dir, *Religion, Human Rights and International law a critical examination of Islamic state practices*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 23 p. 27.

⁸ Karim Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme*, Montréal, Thémis, 2008 à la p. 42 et suivantes (Benyekhlef).

⁹ Ayelet Shachar, *Multicultural Jurisdiction: Cultural Differences and Women Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001 à la p. 45 (*Multicultural Jurisdiction*).

droits fondamentaux, et celles qui sont véhiculées par les croyances religieuses. Qui plus est, il arrive à l'occasion que cette rencontre entre le droit étatique et religieux engendre une discordance entre la liberté de religion et le droit à l'égalité entre les sexes¹⁰.

On observe alors que le phénomène de l'internormativité, notion sur laquelle nous reviendrons plus en détails désignant « les rapports entre des ordres juridiques (et normatifs) distincts »¹¹, pose certaines questions lorsque vient le temps de régler un problème de droit. Par exemple, il est probable que l'ordre normatif juridique et l'ordre normatif religieux prescrivent des lignes de conduite tout à fait différentes dans une situation donnée et la discordance entre ces ordres peut donner lieu à des incohérences dans la vie des croyants. Ce faisant, on peut se demander comment est-il possible, dans un État séculier, de conjuguer solution juridique et solution religieuse? La réponse à cette question est d'autant plus importante lorsque l'on s'attarde à la réalité des individus. Ce sont eux qui essaient de coordonner les prescriptions de ces deux ordres normatifs au quotidien.

Par ailleurs, dans un contexte multiculturel, les États se voient obligés parfois de mettre en place certains « accommodements »¹², permettant de préserver l'identité d'un groupe minoritaire. Néanmoins, ces accommodements peuvent aussi contribuer à la mise à l'écart d'individus vulnérables évoluant au sein même des communautés religieuses que l'on tente de protéger¹³. C'est ce que Ayelet Shachar désigne comme le « paradox of multicultural

¹⁰ Chinkin, *supra* note 3 à la p. 56.

¹¹ Benyeklhef, *supra* note 9 à la p. 49.

¹² Multicultural Jurisdictions, *supra* note 9 à la p. 17 (On entend ici par « accommodements » des accommodements dit « multiculturels ». L'utilisation de ce terme ici se rapporte plutôt à la philosophie politique qu'au droit. Il s'agit seulement une certaine forme d'adaptation, au sens général, pouvant être décrite comme « a wide range of state measure designed to facilitate identity group's practices and norms »).

¹³ Multicultural Jurisdiction, *supra* note 9 à la p. 17.

vulnerability»¹⁴. Selon l'auteure, ce paradoxe naîtrait lorsque l'État concentrerait ses énergies à protéger l'identité d'une communauté religieuse mais non les droits fondamentaux de ses membres. La mise en place de telles mesures permettrait indirectement aux groupes de perpétuer certaines pratiques portant atteinte au droit à l'égalité notamment.

Les accommodements accordés au groupe peuvent être lourds de conséquences pour les femmes particulièrement¹⁵. Par ce mécanisme, des normes et pratiques perpétuant des inégalités pourraient alors se voir cristallisées. C'est ainsi que la mise en place de mesures d'adaptation, quoique bien fondées, s'avère parfois néfaste pour elles. Cette approche de la diversité religieuse pose problème en matière de droit de la famille. C'est dans ce domaine du droit que le paradoxe multiculturel est le plus susceptible de prendre naissance.¹⁶.

Le droit de la famille, riche en situations dans lesquelles on observe un décalage entre le droit et normes religieuses, pose ce genre de problématique. Nous y concentrerons donc notre étude. Plus précisément, celle-ci se penchera sur les règles régissant le divorce. La cohabitation des ordres normatifs en cette matière s'avère délicate puisque le divorce civil et le divorce religieux sont régis par des normes différentes proposant à l'occasion des solutions différentes. Pour les musulmanes et les juives notamment¹⁷, il arrive que, bien que divorcées en vertu du droit étatique, ces dernières restent tout de même mariées aux yeux de la religion. Cet état de faits soulève plusieurs difficultés. Il sera intéressant d'observer en quoi

¹⁴ Multicultural Jurisdiction, *supra* note 9 à la p. 3.

¹⁵ *Ibid* aux p. 61-62.

¹⁶ *Ibid*.

¹⁷ Cette problématique touche particulièrement les femmes de ces confessions : les normes du Judaïsme et de l'Islam encadrent le divorce, contrairement aux normes catholiques qui n'envisagent pas la possibilité même d'un divorce entre les époux.

la seule considération du droit positif¹⁸ porte atteinte aux droits fondamentaux des épouses. C'est dans cet esprit qu'il est pertinent de se demander: comment est-il possible pour l'État de prendre en compte la réalité (inter) normative afin de permettre une meilleure réalisation des droits fondamentaux des femmes? Autrement dit, quel serait l'impact de la considération juridique de l'ordre normatif religieux en matière de divorce sur la pleine jouissance de la liberté de religion des croyantes dans les États séculiers?

Nous concentrerons notre analyse sur le droit canadien et américain de même que sur le droit international. Sera analysée, en première partie, la liberté de religion au sein des différents systèmes législatifs étudiés (A). Il sera ensuite question de la place des femmes au sein des groupes religieux (B) et de la protection que leur confèrent les instruments de droit international. En somme, nous tenterons de circonscrire le cadre qui nous permettra de traiter du phénomène internormatif dans un contexte du divorce religieux.

Dans la deuxième partie, il sera question de la reconnaissance des normes religieuses par le Canada et les États-Unis. Sera étudiée ici l'interrelation existante entre les normes juridiques et les normes religieuses qui régissent le divorce. De même, l'impact de la prise en compte de cette réalité normative sur la réalisation de liberté de religion des femmes sera examiné. Plus précisément, c'est au travers des sous parties (A) et (B) que ces aspects seront analysés. Nous nous attarderons d'abord à l'étude des divorces juifs et musulmans et des règles religieuses les encadrant (A). Nous exposerons ensuite les approches développées par les États afin d'aborder cette réalité internormative (B).

¹⁸ Il sera démontré que le fait d'envisager le droit comme se limitant aux normes de droit positif, peut s'avérer néfaste pour les femmes croyantes. Ces dernières sont aussi soumises à un ordre normatif religieux. Cette étude tentera d'analyser l'impact de la considération des normes religieuses pour elles dans une perspective de droit global.

AVANT PROPOS: PRÉCISIONS MÉTHODOLOGIQUES

L'observation de l'impact de la prise en compte de la réalité internormative sur les femmes en matière de droit de la famille rend nécessaire une étude de la relation entre les normes religieuses et les normes étatiques. Comme le souligne Karim Benyeklhef, le droit moderne est présentement confronté à de nouvelles réalités, la mondialisation en faisant partie; il vaudrait mieux revoir notre approche du droit¹⁹. C'est dans cet esprit qu'il affirme que :

« Le juriste ne doit pas se priver d'étudier et d'analyser les normativités qui ne ressortissent pas de son champ d'étude habituel, à savoir le droit positif. Il y gagnera une vision plus réaliste des enjeux présents et une meilleure compréhension de l'impératif de l'internormativité »²⁰.

Ainsi, c'est par la prise en compte d'une réalité normative plurielle que devraient être abordés les problèmes découlant de ces multiples dimensions. Les questions soulevées par notre problématique principale seront traitées avec cette approche en tête. Avant d'aller plus loin, observons donc le phénomène de l'internormativité plus en détails.

¹⁹ Karim Benyeklhef, *supra* note 8 à la p. 7.

²⁰ *Ibid.*

A. LE PHÉNOMÈNE DE L'INTERNORMATIVITÉ

Tel que Roderick Macdonald le conçoit, le droit moderne comporte trois caractéristiques principales :

« (1) le droit est uniquement rattaché à l'Etat politique (centralisme); (2) [i]l ne peut y avoir qu'un seul ordre juridique correspondant à un seul espace géographique (monisme); et (3) (...) le droit est toujours le produit d'une activité explicite d'institutions telles que la législature (positivisme) »²¹.

Or, cette conception unifiée du droit, confinée à ce qui émane directement de l'État, ne traduit pas exactement la réalité normative dans laquelle nous évoluons²². On pourrait même affirmer que cette vision est « périmée »²³. En réalité, on constate qu'il n'existerait pas qu'un seul ordre normatif, le droit étatique, mais plusieurs ordres normatifs parallèles régissant différents aspects de la vie en société²⁴. De ces derniers, émaneraient des normes juridiques au même titre que de telles normes émanent de l'ordre étatique.

La reconnaissance juridique de la pluralité des normes existant au sein de l'État, par opposition aux seules normes « émanant » de l'État, est une théorie appelée « pluralisme juridique »²⁵. Plus précisément, cette théorie implique que les ordres juridiques coexistent et

²¹ Roderick Macdonald, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés modernes avancées » (2002) 33 R.D.U.S 135 à la p. 135 (Macdonald).

²² Benyekhlef, *supra* note 8 aux p. 42 et 43.

²³ *Ibid* à la p. 43.

²⁴ *Ibid* à la p. 48.

²⁵ Macdonald *supra* note 21 aux p. 138 et 139 (À propos de la théorie du pluralisme juridique il affirme : « Cette approche ne permet pas des distinctions nettes entre la normativité (en fait je devrais dire les normativités) de l'État et les normativités de la société civile. Le pluralisme conçoit toutes ces normativités comme des ordres juridiques ». À ce sujet, voir aussi Roderick Macdonald, « Metaphors of Multiplicity : Civil Society, Regimes and Legal Pluralism » (1998) 15 Arizona Journal of International and Comparative Law 69; « Critical Legal Pluralism as a Construction of Normativity and the

donc qu'ils demeurent en constante relation; c'est ce qu'on appelle l'internormativité²⁶. Autrement dit, ce phénomène vise les rapports entre la normativité juridique (étatique) et les autres normativités telles que les normes religieuses²⁷. Bref, pour un individu, l'internormativité peut désigner la possible confrontation de normes d'origines diverses tant juridiques que non juridiques²⁸. Ce faisant, il se peut que, pour cette personne, chacune de ces normes indique des solutions totalement différentes à un même problème juridique²⁹. Bien que ces normativités puissent s'avérer tout à fait incompatibles, il arrive aussi qu'elles se révèlent complémentaires³⁰.

C'est dans cette optique que nous tendrons vers approche globale du droit³¹. Nous prioriserons donc une conception post-moderne³² du droit afin de prendre en compte l'ordre normatif religieux. On peut alors se demander comment est-il possible de justifier cette considération des normes parallèles par le droit? Selon Mireille Delmas-Marty, il aurait trois façons d'ordonner cette interaction normative : l'harmonisation, l'unification et la coordination³³. L'harmonisation consiste en « le rapprochement des systèmes normatifs (...) autour de principes communs (...)»³⁴. L'unification présuppose plutôt de fusionner les ordres

Emergence of Law» dans A. Lajoie et al., dir, *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination, effectivité*, Montréal, Thémis, 1998 à la p. 12).

²⁶ Benyekhlief, *supra* note 8 à la p. 49.

²⁷ *Ibid* aux p. 49 et 50.

²⁸ André-Jean Arnaud et Maria José Farinas Dulces, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998 à la p. 298.

²⁹ *Ibid*.

³⁰ *Ibid*.

³¹ Benyekhlief, *supra* note 8 à la p. 2.

³² *Ibid* à la p. 42

³³ Mireille Delmas-Marty, « La dimension sociale de la mondialisation et les transformations du champ juridique », Conférence publique donnée à l'Institut international d'études sociales, présentée à Genève, Novembre 2006, p. 5 et 6 en ligne:

<http://www.ilo.org/public/french/bureau/inst/edu/publcs.htm> (page consultée le 5 novembre 2013) (Delmas-Marty).

³⁴ *Ibid* à la p. 5.

normatifs afin d'obtenir une norme unique³⁵. D'emblée, on observe que ces deux modes de gestions de la pluralité normative impliquent une certaine organisation hiérarchique des sources du droit plaçant l'État au sommet de cet axe vertical³⁶. La coordination quant à elle organise les rapports internormatifs dans une perspective «horizontale»³⁷. C'est cette voie qui s'avère «la plus soutenue»³⁸ actuellement dans la doctrine³⁹. Cette coordination des ordres normatifs permettrait graduellement de mettre en place « un espace normatif global»⁴⁰.

Comme la considération d'un système normatif quelconque n'exige pas la complète acceptation, c'est par une approche de coordination que nous voulons aborder la question. Nous pensons donc que la reconnaissance de la réalité internormative se situe dans le prolongement de l'idée « l'accommodement ». Ce mécanisme pourrait s'avérer le véhicule idéal afin de parvenir à de meilleures solutions juridiques dans l'avenir et ce, particulièrement en matière de divorce pour les femmes croyantes. Mais qu'entend-on par accommodement ?

B. LA CONSIDÉRATION DE L'INTERNORMATIVITÉ COMME LE PROLONGEMENT DE L'ACCOMMODEMENT MULTICULTUREL?

La notion d'accommodement est liée à la réalité des États multiculturels, tels que le sont le Canada et les États-Unis. Au cours des dernières années, son sens premier a été dénaturé suite à la couverture médiatique des affaires «d'accommodements raisonnables». Il reste que l'accommodement, au sens où l'entend la philosophie politique, ne présuppose qu'une adaptation de la part de l'État afin de permettre à chacun de ses citoyens de jouir

³⁵ Delmas-Marty, *supra* note 33 aux p. 5 et 6.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid* à la p. 6.

³⁸ Benyekhlef, *supra* note 8 à la p. 3.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

pleinement des droits⁴¹. Synthétiquement on pourrait définir cette conception comme « a wide range of measures designed to facilitate identity groups' practices and norms »⁴².

L'accommodement se veut être le véhicule par lequel, dans les sociétés multiculturelles, l'État s'adapte à la différence et permet à celle-ci de s'adapter à l'État. Autrement dit, ce mécanisme permet aux individus appartenant à des minorités culturelles de préserver leur identité et de parvenir à une intégration équitable⁴³. Bien que les normes étatiques régissant tant le domaine public que le domaine privé soient neutres en apparence, elles restent néanmoins teintées par l'héritage culturel (et religieux) de la majorité⁴⁴. Cela peut parfois poser des problèmes de discrimination. C'est dans ce contexte que l'accommodement s'avère un outil essentiel du multiculturalisme puisqu'il permet d'intégrer les individus appartenant à une minorité culturelle ou religieuse⁴⁵.

La philosophie soutenant le concept d'accommodement, la mise en place d'une citoyenneté multiculturelle⁴⁶, recoupe sensiblement celle qui justifie la reconnaissance des normativités parallèles. C'est ce qu'affirment d'ailleurs Pierre Bosset et Paul Eid⁴⁷. Selon ces auteurs, la considération juridique (par le droit étatique) de la réalité internormative et de ses impacts s'envisagerait comme le prolongement de l'accommodement. On comprend alors que c'est dans un esprit d'adaptation que la reconnaissance des normativités parallèles

⁴¹ Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship : A liberal theory of minority rights*, Oxford, Oxford University Press, 1995 (Kymlicka) et Will Kymlicka, *La voie canadienne. Repenser le multiculturalisme*, Montréal, Boréal, 2003 à la p. 95 (Kymlicka nomme cette vision des droits « adaptée » en fonction de l'identité culturelle des individus le « multicultural citizenship »).

⁴² Multicultural Jurisdictions, *supra* note 10 à la p. 17.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Multicultural Jurisdiction, *supra* note 9 à la p. 23.

⁴⁵ Pierre Bosset et Paul Eid, « Droit et religion : de l'accommodement raisonnable à un dialogue internormatif? », (2007) 41 R.J.T. 513 à la p. 529 (Bosset et Eid).

⁴⁶ Kymlicka, *supra* note 41 à la p. 95.

⁴⁷ *Ibid.*

devrait s'effectuer tant en amont, législativement, qu'en aval, judiciairement⁴⁸. Comme le mentionnent Bosset et Eid le mentionnent:

« Il s'agirait alors pour les magistrats, non plus seulement de « prescrire la modulation ou la modification d'une règle de droit dont l'application générale est indirectement discriminatoire pour les membres des groupes minoritaires », ce qui est l'objet de l'accommodement raisonnable, mais également de faire l'effort d'arrimer à leur lecture du droit étatique les catégories juridiques étrangères pouvant se retrouver, par exemple, au sein d'ententes contractuelles négociées entre parties. Une telle démarche suppose que les juges accordent aux ordres juridiques pluriels qui font concurrence au droit étatique, non pas un poids égal bien sûr, mais plutôt une reconnaissance sélective et mesurée, c'est-à-dire dans le respect des lois et des chartes»⁴⁹.

Bref, la prise en compte des ordres normatifs parallèles constitue une forme d'accommodement. Par cette considération du «droit parallèle», on facilite la préservation identitaire du groupe et la mise en place d'une réelle citoyenneté multiculturelle. C'est dans ce contexte que nous tenterons de démontrer que des individus laissés pour compte par le paradoxe du multiculturalisme, comme les femmes croyantes, gagneront par cette ouverture du droit sur les normativités parallèles.

⁴⁸ Benyeklhef, *supra* note 8 aux p. 796 et ss.

⁴⁹ Bosset et Eid, *supra* note 45 à la p. 529.

I. LES FEMMES ET LA LIBERTÉ DE RELIGION: PERSPECTIVES INTERNATIONALES ET NATIONALES

La liberté de religion fait partie intégrante des préoccupations de l'État moderne depuis longtemps. Ainsi, on constate que les minorités religieuses ont, dans l'histoire, été les premiers groupes minoritaires protégés par le droit⁵⁰. À titre d'exemple, on peut noter que les Traités de Westphalie, ayant mis fin à la guerre de 30 ans en 1648, abordent spécifiquement la question religieuse. Ces traités, par la clause *Cujus regio eius religio*, prescrivaient que les sujets devaient partager la religion de leur Prince et par le fait même, la religion de l'État. De plus, cette obligation liait les États quant à la gestion du fait religieux sur le territoire princier⁵¹. Elle prévoyait que les individus appartenant à des minorités religieuses pouvaient tout de même pratiquer leur culte en privé. Enfin, la clause prévoyait aussi que ces derniers avaient la possibilité d'émigrer dans un État ayant adopté leurs convictions religieuses⁵².

Plusieurs accords ayant trait à la gestion des minorités religieuses ont été élaborés dans les siècles suivants. Toutefois, ce n'est que suite à la Deuxième Guerre Mondiale que la communauté internationale a senti le besoin de se positionner officiellement sur la question⁵³. C'est par l'adoption d'instruments protégeant les droits et libertés fondamentales que le droit de croire et de manifester ses croyances a été consacré par le droit international au cours du siècle dernier. Par conséquent, il existe aujourd'hui de nombreux traités et quelques déclarations protégeant particulièrement la liberté de religion.

⁵⁰ Florence Benoît-Rohmer, « Droit des minorité et minorités religieuses », dans *Minorités religieuses dans l'espace européen*, Jean-Pierre Bastian et Francis Messner dir, Paris, Éditions PUF, 2007, à la p. 13 (Benoît-Rohmer).

⁵¹ *Ibid* p. 14.

⁵² *Ibid*.

⁵³ Anat Scolnicov, *The Right to Religious Freedom in International Law*, Routledge, Londres-New York, 2011 à la p. 11 (Scolnicov).

A. SURVOL THÉORIQUE: LA LIBERTÉ DE RELIGION EN DROIT INTERNATIONAL, CANADIEN
ET AMÉRICAIN

Les États qui sont liés par les conventions internationales protégeant les droits humains, tel que le *Pacte relatif aux droits civils et politiques* se doivent de promulguer sur leur territoire les droits et libertés fondamentales y étant édictées. Ainsi, chacun a l'obligation de promouvoir de façon effective et universelle⁵⁴ la liberté de religion et de veiller à ce qu'elle soit respectée. Le Canada et les États-Unis ont ratifié le Pacte. Ils sont donc obligés de protéger cette liberté fondamentale. Le respect de cet engagement présuppose la mise en place de certaines mesures en droit interne⁵⁵. Observons alors, dans un premier temps, la protection conférée à la liberté de religion en droit international avant de s'attarder à l'écho qu'elle reçoit en droit canadien et en droit américain.

1. LA LIBERTÉ DE RELIGION EN DROIT INTERNATIONAL

Seront d'abord exposés, en droit international, les principaux instruments protégeant la liberté de religion. Nous nous attarderons aux dispositions étant susceptibles de trouver application dans les problèmes juridiques impliquant l'État et la religion. Ensuite, nous examinerons la portée de cette liberté fondamentale et nous procéderons à une analyse approfondie de ces principales composantes.

⁵⁴ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, RT Can 1976 no. 47, 6 ILM 368 préambule (*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*).

⁵⁵ Frédéric Mégret, « Le Canada à la pointe de la Tolérance? L'accommodement raisonnable à l'aune du droit de international des droits de la personne », dans Jean-François Gaudreault-Desbiens dir., *Le droit, la religion et le raisonnable*, Montréal, Thémis 2009, 265 à la p. 266.

**a) Les instruments de droit international protégeant la liberté
de religion**

Plusieurs textes de droit international promulguent la liberté de religion. D'abord, la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, adoptée en 1948, véritable inspiration des instruments internationaux protégeant les droits de l'homme créés à postériori⁵⁶, prévoit en son article 18 que:

« Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites »⁵⁷.

D'emblée on remarque que ce droit comporte deux composantes principales : la liberté de pensée, de conscience et de religion et le droit de manifester, d'enseigner et de pratiquer ces dernières⁵⁸. C'est autour de ces deux axes que s'articule la protection de la liberté de religion en droit international. On observera d'ailleurs que les divers instruments la protégeant réitèrent cette double dimension. Bien que la *Déclaration Universelle* soit des plus inspirantes, il reste que cette dernière ne possède pas de force contraignante⁵⁹. Il paraît plus utile ici de se concentrer sur l'examen du *Pacte relatif aux droits civils et politiques*⁶⁰ qui

⁵⁶ Jose Woehrling, « La place de la religion l'école publique », Québec, Étude préparée pour le compte du comité sur les affaires religieuses du Ministère de l'éducation du Québec, 2002 à la p. 32 (Woehrling).

⁵⁷ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, *supra* note 6, art. 18.

⁵⁸ Niyal Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 639.

⁵⁹ Woehrling, *supra* note 56, à la p. 32.

⁶⁰ *Ibid.*

confère un caractère obligatoire aux droits et libertés fondamentales qui y sont énoncés⁶¹.

Plus exhaustif que la *Déclaration Universelle des droits de l'homme* sur la portée de la liberté de religion, le *Pacte relatif aux droits civils et politiques* édicte à l'article 18 que:

« 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement.

2. Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix.

3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui.

4. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions»⁶².

On constate, à première vue, que cette disposition est exhaustive en ce qui a trait à la description de ce que constitue la liberté de religion. Se déclinant en quatre paragraphes, elle traite du droit d'adopter des croyances religieuses et de ne pas subir de contraintes à cet

⁶¹ Woehrling, *supra* note 56 à la p. 33.

⁶² *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra* note 54, art 18.

égard⁶³, de manifester sa religion ou ses convictions⁶⁴. Elle prévoit aussi le droit des parents d'assurer une éducation religieuse à leur enfant, aspect qui peut d'ailleurs être considéré comme une forme de manifestation⁶⁵. Puisque le droit de manifester ses croyances religieuses n'est pas absolu, le troisième paragraphe encadre le contexte dans lequel un État peut le limiter. Il prévoit qu'il n'est possible de restreindre la liberté de religion par la loi que lorsque des restrictions sont nécessaires et qu'elles sont justifiées par les considérations qui y sont énumérées⁶⁶.

Outre la protection que l'article 18 confère à chaque individu, il reste que d'autres dispositions abordent la question de la protection de l'identité religieuse. En effet, le *Pacte relatif aux droits civils et politiques* énonce certains droits fondamentaux qui attribuent une protection indirecte au droit de croire et de manifester des croyances religieuses. Ces derniers sont appelés à se chevaucher puisque les problématiques juridiques en matière de religion comportent habituellement plusieurs facettes. Ainsi, on remarque que l'interdiction de discrimination basée sur des motifs religieux de même que la protection des minorités religieuses, respectivement protégées par les articles 2(1), 26 et 27 du Pacte, complètent l'article 18⁶⁷. D'abord, l'article 2 (1), ayant pour objectif de promouvoir l'égalité des droits et libertés fondamentales et ce pour chaque être humain, énonce que:

« Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment

⁶³ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra* note 54, art 18 (2).

⁶⁴ *Ibid*, art 18 (1).

⁶⁵ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra* note 59, art 18 par (4); Comité des droits de l'homme, *Observation générale no 22*, 48^e sess, supp no 40, Doc NU A 48/40 (1993) au par 6 (*Observation générale no. 22*).

⁶⁶ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra* note 54, art 18 (3).

⁶⁷ Woehrling, *supra* note 56 à la p. 36

de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. (...) »⁶⁸.

De même, complétant ce que l'article 2 du Pacte prévoit, l'article 26 édicte que:

« Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation »⁶⁹.

Enfin, l'article 27 du Pacte protège les minorités vivant sur le territoire des États et prévoit que:

« Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue »⁷⁰.

C'est par la juxtaposition de la promotion du droit à l'égalité sans discrimination et de la liberté de religion que l'instrument international le plus complet et exhaustif en matière de

⁶⁸ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, supra note 54, art 2.

⁶⁹ *Ibid*, art 26.

⁷⁰ *Ibid*, art 27.

protection de la liberté de religion est né en 1981⁷¹. La *Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de toutes formes d'intolérance et de discrimination fondée sur la religion ou les convictions*⁷² constitue aujourd'hui le seul texte dédié spécifiquement à la protection la liberté de religion dans son ensemble.

Bien que non contraignante, cette déclaration guide les États signataires dans l'interprétation des dispositions du *Pacte relatifs aux droits civils et politiques* qui protègent la liberté de religion⁷³. Elle permet de détailler ses principaux aspects⁷⁴. Ce texte réitère donc les idées de libre conscience, de libre pensée, de libre religion et de libre manifestation des croyances⁷⁵. On y réaffirme aussi l'interdiction de discrimination fondée sur motifs religieux⁷⁶. L'article 2 (1) édicte ainsi que : « Nul ne peut faire l'objet de discrimination de la part d'un État, d'une institution, d'un groupe ou d'un individu quelconque en raison de sa religion ou de sa conviction »⁷⁷. De plus, la déclaration précise les contours du droit des parents de faire assurer l'éducation religieuse de leurs enfants conformément à leurs convictions⁷⁸. Elle édicte, par exemple, que ces derniers peuvent organiser la vie familiale en ce sens et que leurs enfants ont droit d'accéder à une éducation religieuse en accord avec leurs

⁷¹ Woehrling, *supra* note 56 à la p. 35.

⁷² *Déclaration sur l'élimination de toutes formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou sur la conviction*, *supra* note 4.

⁷³ Woehrling, *supra* note 56 à la p. 36.

⁷⁴ *Ibid* à la p. 35.

⁷⁵ *Déclaration sur l'élimination de toutes formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction*, *supra* note 4, art 1.

⁷⁶ *Déclaration sur l'élimination de toutes formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction*, *supra* note 4, art 2 et 3.

⁷⁷ *Ibid*, art 2.

⁷⁸ *Ibid*, art 5.

croyances⁷⁹. Enfin, cet instrument encourage les États à prendre les mesures afin de prévenir et d'éliminer toute discrimination fondée qui serait fondée sur des motifs religieux⁸⁰.

Aux yeux de la communauté internationale, la déclaration possède une autorité politique et morale notoire⁸¹. Malgré le fait qu'elle ne soit pas juridiquement contraignante, elle a, ce faisant, une certaine force exécutoire. Par ailleurs, il semble consacré que l'interdiction de discrimination basée sur la religion constitue une norme coutumière de droit international⁸². On comprend alors que les États n'étant pas directement « liés » par la déclaration, puisque ne l'ayant pas signé, seraient tenus d'interdire la discrimination fondée sur la religion⁸³.

En somme, on constate que la liberté de religion est protégée par plusieurs instruments de droit international. Ces derniers lui confèrent une protection étendue et abondent, de ce fait, plusieurs de ses facettes. Il convient donc d'examiner, plus précisément, comment cette liberté fondamentale s'articule.

b) La portée de la liberté de religion en droit international

La liberté de religion en droit international se conçoit de façon très large⁸⁴. Toutefois, sa portée est limitée par ce que le droit considère comme une « religion », une croyance ou une conviction. Ainsi, il est primordial, avant d'aller plus loin, de définir ce terme.

⁷⁹ *Déclaration sur l'élimination de toutes formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction*, *supra* note 4, art 5(1) et 5 (2).

⁸⁰ *Déclaration sur l'élimination de toutes formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction*, *supra* note 4, art 4.

⁸¹ Woehrling, *supra* note 56 à la p. 36.

⁸² Scolnicov, *supra* note 53 à la p. 14.

⁸³ Chikin, *supra* note 3 à la p. 55

⁸⁴ Observation générale no 22, *supra* 65 note au par. 1.

Selon le Comité des droits de l'homme, «l'article 18 n'est pas limité, dans son application, aux religions traditionnelles ou aux religions et croyances comportant des caractéristiques ou des pratiques institutionnelles analogues à celles des religions traditionnelles»⁸⁵. On comprend donc que la notion de religion réfère tant aux anciennes croyances qu'aux nouvelles. Ainsi, sont considérés comme des « religions », les cultes qui sont établis depuis plusieurs siècles et qui sont, par le fait même, les plus répandus. Parmi ceux-ci, on retrouve par exemple : le judaïsme, le catholicisme, l'Islam, l'hindouisme et le bouddhisme⁸⁶. De même, les religions moins traditionnelles, méconnues ou nouvelles tombent elles aussi sous la protection de l'article 18 du *Pacte relatif aux droits civils et politiques*⁸⁷. En somme, « l'article 18 protège les convictions théistes, non théistes et athée, ainsi que le droit de ne professer aucune religion »⁸⁸. La conception de religion devrait être entendue dans son sens le plus large⁸⁹. Bref, aucune discrimination ne devrait avoir lieu envers quelle que conviction que ce soit⁹⁰. Le fait qu'elle soit nouvellement établie, par exemple, ne devrait pas justifier un traitement différencié.

À l'image de l'exhaustivité de l'article 18 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, la liberté de religion protège un large spectre d'actions. Elles se regroupent en deux dimensions principales : la liberté d'avoir ou d'adopter une religion, dimension interne, et le droit de manifester ces croyances, dimension externe. Chacune d'entre elles comportant plusieurs sous-aspects et ils seront exposés ici.

⁸⁵ Observation générale numéro 22, *supra* note 65, par 1.

⁸⁶ Ingrid Roy, *Vers un droit de participation des minorités à la vie de l'État?*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2006, p. 79 (Ingrid Roy).

⁸⁷ Ludovic Hennebel, *La jurisprudence du comité des droits de l'homme des Nations Unies*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 260 (Hennebel).

⁸⁸ Observation générale no 22, *supra* note 65 au par. 2.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

i. La dimension interne : la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction

Énoncée à l'article 18(1), la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction se conçoit comme le droit de choisir, de conserver ou de changer de religion⁹¹. Elle comprend aussi le droit d'adopter des convictions athées⁹². En fait, la dimension interne protège à la fois le droit d'avoir et de ne pas avoir de religion.

Puisque les croyances religieuses d'un individu font partie de son identité réelle, le paragraphe 18(2) du *Pacte relatif aux droits civils et politiques* édicte qu'il est prohibé de contraindre une personne dans ce choix⁹³. Ainsi, tout recours à la force ou à la mise en place de sanctions pénales en ce sens est interdit⁹⁴. De même, sont prohibées les contraintes de nature indirecte visant à obliger les individus à adopter certaines croyances ou à se convertir. Sont considérées comme telles, toutes politiques ou pratiques de l'État qui pourraient, dans ce but, restreindre l'accès à des services publics à une partie de la population⁹⁵. Bref, un État ne pourrait limiter la dimension interne de la liberté de religion en raison de sa nature fondamentale. Toutefois, nous verrons qu'il en est autrement pour sa dimension externe.

ii. La dimension externe: le droit de manifester ses croyances religieuses

Le paragraphe 18(1) du *Pacte relatif aux droits civil et politique* prévoit que les croyances religieuses peuvent être manifestées « tant individuellement qu'en groupe, tant en

⁹¹ Observation générale no 22, *supra* note 65 au par. 5.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra* note 54, art 18.

⁹⁴ Observation générale no 22, *supra* note 65 au par. 5.

⁹⁵ *Ibid.*

public qu'en privé»⁹⁶. On note, à la lecture de cette disposition, que la manifestation peut prendre diverses formes. Elle se décline généralement en trois types d'actions: le culte, l'accomplissement de rituels et de pratiques et l'enseignement des croyances⁹⁷. Aussi, on observe que chacune de ces catégories vise nombre d'actions qui, elles aussi, sont protégées par la liberté de religion.

- Le culte

La notion de culte englobe à elle seule l'accomplissement d'actions à caractère cérémoniel et rituel constituant l'expression directe d'une conviction⁹⁸. Elle vise aussi certaines pratiques découlant de ces actes. Néanmoins, pour être qualifiées de culte, ces dernières doivent avoir été accomplies dans le but d'exprimer une conviction. Par exemple, sont considérés de la sorte: « la construction de lieux de culte, l'emploi de formules et d'objets rituels, la présentation de symboles et l'observation des jours de fête et de repos»⁹⁹.

- L'accomplissement de rites et la pratique de la religion

Le Comité des droit de l'homme affirme que « les rites et la pratique de la religion » visent autant l'accomplissement d'actes cérémoniels que le respect de coutumes¹⁰⁰. De telles actions peuvent prendre de multiples formes : observation de prescriptions alimentaires, port de vêtements à caractère distinctif, utilisation d'une langue particulière ou participation à des rites associés à certaines étapes de

⁹⁶ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra* note 54, art.18 (1).

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Observation générale no 22*, *supra* note 65 au par. 4.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

la vie¹⁰¹. Par ailleurs, certains auteurs considèrent que la pratique de la religion comprend aussi le fait de devoir respecter des lois et des coutumes religieuses. Selon Donna Sullivan, la liberté de religion protégerait aussi le droit des individus de vivre en accord avec les normes religieuses auxquelles ils sont soumis. Dans cette optique, elle affirme alors que le droit de manifester ses croyances englobe: « the right to observe and apply religious law, including the right to establish and maintain religious tribunals »¹⁰². Pour l'auteure, cela serait justifié par le fait que :

« In a number of belief systems, the observance of religious law is integral to religious practice. The application of religious law, by formal tribunals or religious leaders, in communal or individual life, and in public or private life, constitutes the observance and practice of religion»¹⁰³.

Par conséquent, on comprend que, en droit international, le respect de normes religieuses peut être considéré comme une forme de pratique de la religion.

- L'enseignement de la religion

L'enseignement de la religion demeure un aspect important de la manifestation des croyances religieuses puisqu'il permet de préserver les traditions d'un groupe. Cette catégorie touche les «actes indispensables au groupe religieux pour mener leurs activités essentielles» comme la possibilité de fonder des séminaires ou des

¹⁰¹ Observation générale no 22, *supra* note 65 au par. 4.

¹⁰² Donna J. Sullivan, « Gender Equality and Religious Freedom: Toward a Framework for Conflict Resolution », (1992) 23 New-York University Journal of International Law and Politics 795 à la p. 804 (Sullivan).

¹⁰³ *Ibid.*

écoles religieuses ou même la liberté de la communauté de choisir ses responsables religieux, prêtres et enseignants¹⁰⁴.

Cela englobe aussi le choix des parents quant à l'éducation religieuse et morale de leurs enfants. Cet aspect est directement lié avec « la liberté d'enseigner ou de proclamer une religion » découlant du paragraphe 1 de l'article 18 du Pacte¹⁰⁵. Le paragraphe 4 ne fait que préciser la forme que peut prendre l'enseignement des croyances religieuses¹⁰⁶. Bien que les États se soient engagés à respecter ce choix¹⁰⁷, on constate que l'enseignement d'une religion en particulier dans les écoles publiques n'est pas directement incompatible avec cette prescription. Toutefois, un régime d'exemption doit exister afin d'accommoder les individus ne souhaitant pas être soumis à un tel apprentissage¹⁰⁸. Pareillement, « l'histoire générale des religions et des idées » peut être enseignée dans ces établissements sans inévitablement porter atteinte à la liberté de religion si cela est exécuté en toute neutralité¹⁰⁹.

La manifestation des croyances et ses multiples déclinaisons sont protégées par la liberté de religion. Cependant, cette protection n'est pas absolue: il est possible que cette dimension externe puisse être restreinte dans certains contextes.

¹⁰⁴ Observation générale no 22, *supra* note 65 au par. 4.

¹⁰⁵ *Ibid* au par. 6.

¹⁰⁶ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra* note 54, art 18 (4).

¹⁰⁷ Observation générale no 22, *supra* note 65 au par. 6.

¹⁰⁸ Hennebel, *supra* note 87 à la p. 267.

¹⁰⁹ Observation générale no. 22, *supra* note 65 par 6.

*iii. La restriction de la manifestation des croyances
religieuses*

D'abord, rappelons qu'il est interdit, pour un État, de restreindre la liberté de pensée et de conscience ou le fait d'avoir ou d'adopter la religion ou les convictions de son choix. Toutefois, les limitations quant à la manifestation des croyances religieuses peuvent s'avérer justifiées dans certaines conditions¹¹⁰. En effet, le paragraphe 18 (3) du *Pacte relatif aux droits civils et politiques* énonce qu'un État peut limiter la dimension externe de la liberté de religion lorsque cela est prévu par la loi et nécessité par «la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui»¹¹¹. On note que les motivations justifiant la restriction y sont énumérées de façon exhaustive¹¹². Pour qu'une limitation puisse être justifiée, elle doit nécessairement découler de l'un des motifs prévus à cette fin. Aussi, ces restrictions ne peuvent être imposées que pour les objectifs pour lesquels elles ont été créées. Elles doivent restées proportionnelles et en lien avec la fin spécifique à la source de leur existence¹¹³. D'ailleurs, le Comité des droits de l'homme rappelle que les États parties au Pacte « devraient s'inspirer de la nécessité de protéger les droits garantis en vertu du Pacte, y compris le droit à l'égalité et le droit de ne faire l'objet d'aucune discrimination (...) »¹¹⁴. Autrement dit, on comprend que la clause restrictive édictée au paragraphe 18 (3) devrait être utilisée dans le but de protéger l'ensemble des droits et libertés fondamentales.

Bien que pouvant être limitée dans ces contextes, il reste que la liberté de religion est, dans la plupart des cas, largement protégée par le droit international. Comme nous l'avons

¹¹⁰ Observation générale no. 22, *supra* note 65 par 3.

¹¹¹ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra* note 54 art 18 (3).

¹¹² Hennebel, *supra* note 87 à la p. 263.

¹¹³ Observation générale no. 22, *supra* note 65 par 8.

¹¹⁴ *Ibid.*

observé la liberté de religion comprend principalement deux aspects de la vie des croyants : le droit de croire et le droit de manifester leurs croyances. Puisque le Canada et les États-Unis se sont engagés à promouvoir et à veiller au respect de cette liberté fondamentale sur leur territoire, ceux-ci sont tenus de prendre des mesures législatives en ce sens¹¹⁵. Nous examinerons donc comment la protection de cette double dimension est reçue en droit canadien et en droit américain.

2. LA LIBERTÉ DE RELIGION EN DROIT CANADIEN

Au Canada, la liberté de religion est protégée par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹¹⁶. Possédant un statut supralégislatif, car faisant partie intégrante de la Constitution de l'État, la Charte canadienne édicte à l'article 2a) que chacun a « la liberté de conscience et de religion »¹¹⁷.

La notion de religion est largement interprétée par les tribunaux canadiens. Elle présuppose :

« de profondes croyances ou convictions volontaires, qui se rattachent à la foi spirituelle de l'individu et qui sont intégralement liées à la façon dont celui-ci se définit et s'épanouit spirituellement, et les pratiques de cette religion permettent à l'individu de communiquer avec l'être divin ou avec le sujet ou l'objet de cette foi spirituelle »¹¹⁸.

¹¹⁵ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, supra note 54 art 2 (2).

¹¹⁶ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 (charte canadienne).

¹¹⁷ *Ibid*, art 2 a).

¹¹⁸ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 39 (Amselem).

En fait, comme la Cour suprême du Canada l'a déterminé dans l'arrêt *Amselem*¹¹⁹, toute croyance sincère en une religion, historiquement établie ou non, est protégée par la liberté de religion au pays. Théoriquement, même une religion purement individuelle pourrait tomber sous le couvert de l'article 2a).

Par ailleurs, cette liberté fondamentale protège tant le droit de croire en la religion de son choix que le droit de manifester ses croyances religieuses¹²⁰. Tout comme en droit international, la liberté de religion se décline en deux dimensions principales. D'abord, le droit d'adopter des convictions religieuses, la dimension interne, vise « le droit d'avoir librement foi en des dogmes religieux »¹²¹. Quant à la manifestation des croyances, la dimension externe, elle peut se matérialiser par l'accomplissement de diverses actions. Ainsi, tombent sous la protection de l'article 2a) le droit de pratiquer un culte religieux, le droit d'enseigner la religion et même le droit de respecter d'une morale religieuse¹²².

En outre, le droit de manifester ses croyances permet aux individus de bénéficier d'une certaine « autonomie normative »¹²³. C'est ce que la Cour suprême a déterminé dans *R c. Big M Drug Mart*¹²⁴. Cette affaire traitait de la constitutionnalité d'une loi interdisant toute activité commerciale le dimanche. La déclarant inconstitutionnelle puisqu'elle portait atteinte

¹¹⁹ *Amselem*, *supra* note 118 au par. 39 (Dans cette affaire, il a été déterminé qu'une clause interdisant aux intimes de construire des souccahs sur le balcon de leur copropriété portait atteinte à leur liberté de religion. La cour en a jugé ainsi puisque les intimes croyaient sincèrement que la mise en place de telles installations était nécessaire pour pratiquer leur religion et que le fait de prohiber leur construction portait atteinte à cette liberté de façon plus que négligeable).

¹²⁰ Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, Cowansville, Yvon Blais, 2008 aux p. 1074-1075 (Brun et Tremblay) et *R c. Big M Drug Mart*, [1985]1 R.C.S. 295 aux p. 336 et 337 (Big M Drug Mart).

¹²¹ Brun et Tremblay, *supra* note 120 à la p. 1074.

¹²² *Ibid.*

¹²³ Christelle Landheer-Cieslak, *La religion devant les juges français et québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006 à la p. 481 (Landheer-Cieslak).

¹²⁴ *Big M Drug Mart*, *supra* note 119.

à la liberté de religion, les juges ont dû se prononcer sur la portée de l'article 2 a). Ils ont alors déterminé que nul ne peut être obligé d'agir contre ses croyances. Ainsi, tel que Christelle Landheer-Ciselak le souligne:

« (...) le croyant bénéficie d'une autonomie normative en matière religieuse qui lui octroie deux droits subjectifs: d'une part le droit de ne pas être contraint à agir contre la règle religieuse qu'il respecte : d'autre part, le droit de ne pas être empêché de poser un acte considéré comme obligatoire par sa règle religieuse»¹²⁵ .

Ce faisant, on constate que par la protection du droit de manifester ses croyances, le droit canadien protégerait aussi le droit de vivre selon certaines normes (religieuses).

La protection conférée par la dimension externe vise donc un large spectre d'actions. En fait, on pourrait comparer le droit de manifester ses croyances au « libre exercice »¹²⁶ de la religion qui est édicté par la Constitution américaine¹²⁷. On constate aussi que l'interprétation de l'article 2a) par les tribunaux est très près de ce qui est promulgué par les principaux instruments de droit international protégeant les droits humains. Cela s'observe particulièrement dans la décision *R c. Big M Drug Mart*¹²⁸. Comme Peter Hogg nous le fait remarquer, il semble que le juge Dickson, dans son analyse de la portée de la liberté de

¹²⁵ Landheer-Ciselak, *supra* note 123 à la p. 481; *Big M Drug Mart*, *supra* note 134 à la p. 336.

¹²⁶ Voir ci-dessous la partie 3 : la Constitution américaine protège la liberté de religion par son 1^{er} amendement. Cette disposition comporte deux clauses : le droit au libre exercice de la religion et la séparation de l'église et de l'État.

¹²⁷ Whoerling, *supra* note 56 à la p. 23; Peter Hogg, *Constitutional law of Canada*, Toronto, Carswell, 2010, à la p. 42.4 (Hogg).

¹²⁸ *Big M Drug Mart*, *supra* note 120.

religion, se soit fortement inspiré du libellé de l'article 18 du *Pacte relatif au droit civil et politique*¹²⁹.

Outre son objet très large, la liberté de religion se décline en trois droits particuliers selon les auteurs Brun, Tremblay et Brouillet: la liberté d'expression religieuse, la séparation de la religion et de l'État de même que le droit à l'objection de conscience¹³⁰. La liberté d'expression religieuse fait référence à la liberté d'expression en général et au caractère religieux du message¹³¹. Peu utile pour notre analyse, il vaudra mieux ici s'attarder aux deux autres droits.

a) La séparation de l'Église et de l'État

À la différence des États-Unis, le droit constitutionnel canadien ne prévoit pas expressément de séparation entre l'Église et l'État¹³². Ce principe découle plutôt de la protection conférée par la liberté de religion en soit. Autrement dit, le caractère séculier de l'État canadien prend sa source dans l'article 2 a) de la Charte canadienne. Cet aspect de la liberté de religion lui interdit de prôner quelle que religion que ce soit. De même, la séparation entre l'Église et l'État implique que le Canada ne doit favoriser aucune religion au détriment d'une autre¹³³.

Par ailleurs, comme la Cour suprême le souligne dans *Commission scolaire des Chênes*: « Le développement du concept de neutralité religieuse de l'État dans la jurisprudence canadienne va de pair avec une sensibilité croissante à la composition

¹²⁹ Hogg, *supra* note 127 à la p. 42.4 et Big M Drug Mart, *supra* note 119 à la p. 336.

¹³⁰ Brun et Tremblay, *supra* note 120 à la p. 1076.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² Lori G. Berman, « A Cross-National Comparison of Approaches to Religious Diversity: Canada, France and the United-States », dans Lori G. Berman et Peter Breyer dir, *Religion and Diversity in Canada*, Leiden et Boston, Brill, 2008, 199 à la p. 202 (Lori G Berman).

¹³³ Brun et Tremblay, *supra* note 120 à la p. 1077.

multiculturelle du Canada et avec la protection des minorités »¹³⁴. On comprend de ces propos que, au Canada, tant que l'État ne favorise ou ne discrimine aucune religion, la neutralité sera assurée. Ainsi, c'est dans cet environnement séculier qu'il sera possible pour les individus de croire ou de manifester leur religion¹³⁵.

Rappelons néanmoins qu'une application stricte de la neutralité pourrait nuire à l'exercice des droits fondamentaux de certaines minorités. La neutralité religieuse pourrait alors se voir tempérer par le principe de « libre exercice » de la religion. C'est dans cette optique que la liberté de religion peut s'envisager comme un droit qui ne serait pas de nature strictement négative. Bien que sa mise en œuvre ne présuppose pas, à priori, l'exécution de « prestations positives » de la part de l'État, il demeure nécessaire que ce dernier prenne de telles mesures dans certains contextes.

C'est ce qu'affirme d'ailleurs le juge Lebel dans *Congrégations des témoins de Jéhovah c. Lafontaine*¹³⁶. Dans cette affaire, la Congrégation des témoins de Jéhovah avait acquis des terrains dans une zone qui ne permettait pas la construction de lieu de culte puisqu'aucun terrain n'était disponible dans les zones le permettant. Elle a donc entrepris un recours en mandamus afin d'obliger la municipalité à changer son règlement de zonage, argumentant qu'un refus de modification porterait atteinte à leur liberté de religion. Comme le souligne le juge Lebel «une attitude de réserve de la municipalité entraverait la liberté de religion des appelants»¹³⁷. Selon lui, cela serait justifié par le fait que:

¹³⁴ *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 R.C.S. 235 au par 21.

¹³⁵ *Ibid* aux par 21 à 25.

¹³⁶ *Congrégations des témoins de Jéhovah c. Lafontaine*, [2004] 2 R.C.S. 650 (Juge Lebel) (*Congrégations des Témoins de Jéhovah c. Lafontaine*).

¹³⁷ *Ibid* par 79.

« [e]n règle générale, la *Charte* n'oblige pas l'État à prendre des mesures positives pour assurer l'exercice des libertés fondamentales prévues à l'al. 2a) de la *Charte*. En vertu du principe de neutralité décrit ci-haut, l'État doit même s'abstenir de prendre une mesure qui pourrait favoriser une religion au détriment d'une autre ou qui aurait simplement pour effet d'en imposer une. Cependant, une application absolue de ce principe peut parfois restreindre indûment le libre exercice de la religion. Dans certains cas, l'application sans nuance, sans souci du contexte, du principe de neutralité pourrait s'avérer incompatible avec le droit au libre exercice de la religion »¹³⁸.

On comprend alors que le Canada pourrait mettre en place certaines mesures ayant pour effet de rééquilibrer les rapports existant entre certaines minorités religieuses et la majorité¹³⁹. Cela n'entraverait en rien le principe de séparation entre l'Église et l'État. C'est dans cet esprit que le droit à l'objection de conscience prend place. Par ce mécanisme, l'État peut accommoder certains individus dans l'éventualité où ils seraient désavantagés en raison de leurs croyances religieuses¹⁴⁰.

b) L'objection de conscience

Le droit à l'objection de conscience découle directement de l'article 2 a) de la Charte canadienne. Il s'agit, en fait, d'« une possibilité de se soustraire à une norme en apparence neutre pour des raisons de religion »¹⁴¹. Cet aspect de la liberté de religion permet à des individus de réclamer certaines adaptations de la part de l'État. Ainsi, une personne pourrait « s'objecter » dans l'hypothèse où une loi aurait des conséquences néfastes sur la

¹³⁸ *Congrégations des Témoins de Jéhovah c. Lafontaine*, *supra* note 135 au par 76.

¹³⁹ Brun et Tremblay, *supra* note 120 à la p. 1077.

¹⁴⁰ *Ibid* à la p. 1079.

¹⁴¹ Brun et Tremblay, *supra* note 120 à la p.1080; *Big M Drug Mart*, *supra* note 120 et *R c. Edward Books*, [1986] 2 R.C.S. 713.

manifestation de ses croyances religieuses¹⁴². Dans ce contexte, l'État pourrait devoir l'exempter de l'application de cette loi¹⁴³. Rappelons enfin que, selon les tribunaux canadiens, ce mécanisme d'adaptation constitue une « exemption constitutionnelle »¹⁴⁴. Il ne s'agit pas d'un accommodement au sens juridique du terme.

L'octroi d'un tel privilège est loin d'être automatique; l'individu qui désire bénéficier de cette exemption constitutionnelle devra se soumettre à une démonstration en trois temps. D'abord, il devra prouver l'existence de sa pratique religieuse au regard de ses croyances ou convictions¹⁴⁵. Il devra ensuite démontrer que la croyance en cette pratique est sincère et que celle-ci demeure prescrite par sa religion¹⁴⁶. Enfin, il devra faire la preuve que la norme contestée, ou la mesure, porte atteinte de façon non négligeable à la manifestation de ses croyances conformément aux prescriptions de sa religion¹⁴⁷.

Par ailleurs, le mécanisme de l'exemption constitutionnelle est tempéré par l'application de la clause limitative de la Charte canadienne. En vertu de son article 1, l'État peut justifier une atteinte à la liberté de religion si celle-ci est raisonnable et justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique¹⁴⁸. Rappelons qu'une telle restriction ne peut prendre place que dans la mesure où c'est une règle de droit qui porte atteinte à un droit ou à une liberté fondamentale. Autrement dit, cette disposition limitative ne saurait justifier une entrave qui résulterait de l'application de toute autre mesure ne pouvant être qualifiée de règle de droit. Dans ce cas, il s'agirait plutôt d'une question d'accommodement raisonnable.

¹⁴² Brun et Tremblay, *supra* note 120 à la p. 1080.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Amselem*, *supra* note 118 au par 52.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Ibid* au par 53.

¹⁴⁸ *Charte canadienne*, *supra* note 116, art 1.

C'est d'ailleurs ce que la Cour suprême a précisé dans *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*¹⁴⁹. Dans cette affaire, les intimés contestaient la constitutionnalité d'une loi albertaine obligeant tous les détenteurs de permis de conduire à se faire photographier car cela portait atteinte à leur liberté de religion. S'exprimant pour la majorité, la juge en chef a alors souligné que :

« À [son] avis, il faut maintenir la distinction entre l'analyse fondée sur la notion d'accommodement raisonnable pour l'application de la législation sur les droits de la personne et la justification en application de l'article premier d'une mesure législative contraire à la Charte. Quand la validité d'une mesure législative est en cause, il faut procéder à l'analyse requise par l'article premier décrite dans *Oakes*. (...) Si le gouvernement réussit à justifier la mesure législative selon le test établi dans *Oakes*, cette mesure est constitutionnelle. Sinon, elle est inopérante, par application de l'art. 52, dans la mesure où elle est incompatible avec la Charte»¹⁵⁰.

Ainsi, lorsqu'une règle de droit porte atteinte à la liberté de religion, on devra se demander si cette restriction peut être justifiée par l'article 1 de la Charte canadienne. Cette disposition prévoit que:

« La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui

¹⁴⁹ *Alberta c. Hutterian Brethren Wilson Colony* [2009] 2 RCS 567 (Hutterian Brethren).

¹⁵⁰ *Ibid* au par. 66 (Aussi, voir par 39 : on note que si une restriction résulte d'une mesure gouvernementale cela pourra alors ouvrir la porte à un recours en réparation en vertu de l'article 24 de la Charte canadienne).

soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique»¹⁵¹.

Tel qu'il a été déterminé par la Cour suprême dans *R c. Oakes*¹⁵², pour que la limitation d'un droit fondamental soit justifiée en vertu de l'article 1 de la Charte canadienne, elle doit demeurer raisonnable¹⁵³. Pour ce faire, une telle restriction doit répondre à deux principaux critères. D'abord, il faut que l'objectif de la norme s'avère d'une certaine importance. Plus précisément, l'objectif doit traduire « des préoccupations sociales, urgentes et réelles dans une société libre et démocratique »¹⁵⁴. Ensuite, les moyens utilisés afin d'atteindre cet objectif doivent rester proportionnels à cet objectif; il s'agit en fait de déterminer si ces moyens sont raisonnables¹⁵⁵.

Comme *Oakes* nous l'enseigne, l'analyse de la raisonnabilité des moyens choisis afin d'atteindre un objectif s'effectue en trois temps¹⁵⁶. On devra se demander si les moyens sont proportionnels avec le but de la disposition et s'ils correspondent de ce fait à ces trois critères. Premièrement, pour être qualifiés de raisonnables, les moyens utilisés doivent entretenir un lien rationnel avec l'objectif. Ils se doivent, deuxièmement, de porter minimalement atteinte au droit ou à la liberté touché. Troisièmement, un certain équilibre doit exister entre les moyens utilisés et l'importance de l'objectif¹⁵⁷. De même, les effets négatifs

¹⁵¹ *Charte canadienne*, *supra* note 116 art 1.

¹⁵² *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 (Oakes).

¹⁵³ Brun et Tremblay, *supra* note 119 à la p. 975.

¹⁵⁴ *Oakes*, *supra* note 152 au par 69.

¹⁵⁵ *Ibid* au par 70.

¹⁵⁶ *Ibid* au par 70 et Brun et Tremblay, *supra* note 120 à la p. 975.

¹⁵⁷ *Oakes*, *supra* 152 note au par. 70.

du moyen par lequel on limite un droit devront rester proportionnels à leurs effets bénéfiques¹⁵⁸.

On constate enfin que l'article 2a) ne possède pas sa propre limitation, contrairement à l'article 18 du *Pacte relatif aux droits civils et politiques*. Toutefois, l'article 1 de la Charte canadienne permet de tempérer la liberté de religion par rapport aux autres droits fondamentaux et aux valeurs de la société canadienne.

On remarque, enfin, que le droit canadien, sur plusieurs aspects, s'est fortement inspiré du droit américain en ce qui a trait à l'interprétation de la liberté de religion. Examinons maintenant comment s'articule cette liberté fondamentale aux États-Unis.

3. LA LIBERTÉ DE RELIGION EN DROIT AMÉRICAIN

Aux États-Unis, la liberté de religion est protégée par le 1^{er} Amendement de la Constitution américaine¹⁵⁹. En vertu du 14^{ème} Amendement, tant l'État fédéral que les États fédérés sont tenus de respecter et d'appliquer le 1^{er} Amendement¹⁶⁰. Cette disposition qui traite des rapports de l'État avec la religion comporte deux clauses : la clause de « non établissement » et la clause de libre exercice¹⁶¹. La première, la clause de séparation, prévoit qu'aucune interférence ne peut prendre place entre l'Église de l'État¹⁶². La deuxième,

¹⁵⁸ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 2 R.C.S. 835.

¹⁵⁹ US Constitution amend I (US Const).

¹⁶⁰ US Const, *supra* note 127 amend XIV; *Cantwell v. Connecticut*, 310 US 296 (1940).

¹⁶¹ Elisabeth Zoller, « Les rapports entre les églises et les États aux États-Unis : le modèle américain de pluralisme religieux égalitaire », dans Gérard Gonzalez dir, *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 13 à la p. 34 (Zoller).

¹⁶² *Ibid.*

quant à elle, protège la liberté de religion de même que le libre exercice de cette dernière¹⁶³.

Voyons de plus près ce que chacune de ces clauses implique.

a) La clause de non-établissement

Contrairement au droit canadien, la séparation entre l'Église et l'État est expressément inscrite dans la Constitution américaine. Elle se traduit par la cause dite de « non-établissement »¹⁶⁴. Par conséquent, en vertu du 1^{er} Amendement, l'État ne doit pas favoriser ou opprimer quelle que une religion que ce soit¹⁶⁵.

Selon Chemirinsky, trois approches teintent l'application de la clause de non-établissement : la séparation stricte, la neutralité et l'accommodement¹⁶⁶. La théorie de la séparation stricte implique une forte disjonction entre la religion et l'État afin de préserver le caractère séculier de ce dernier¹⁶⁷. La théorie de la neutralité religieuse suppose de ne favoriser aucune religion. Par conséquent, l'État se doit de rester le plus neutre possible et de ne pas manifester son affiliation, sa préférence ou même son aversion pour une religion donnée¹⁶⁸. Quant à la théorie de l'accommodement, ou de l'égalité, elle présuppose que la présence des religions n'affecte en rien le caractère séculier de l'État puisque comme Chemirinsky le souligne: « under the accommodation approach the government violates the establishment clause only if it literally establishes a Church, coerces religious participation or favors one religion over others »¹⁶⁹.

¹⁶³ Zoller, *supra* note 161 à la p. 34.

¹⁶⁴ US Const, *supra* note 159 amend I cl. 1.

¹⁶⁵ Zoller, *supra* note 160 à la p. 16.

¹⁶⁶ Erwin Chemirinsky, *Constitutional Law*, New York, Aspen Law and Buisness, 2002 à la p. 1119 (Chemirinsky).

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Chemirinsky, *supra* note 166 à la p. 1151

¹⁶⁹ *Ibid.*

Cependant, l'approche préconisée par les juges n'influe en rien le test *Lemon*¹⁷⁰. C'est cet examen qui permet de déterminer si une loi respecte la clause de non-établissement. Ainsi, selon ce test, pour demeurer constitutionnelle, une loi doit respecter trois critères. Premièrement, elle devra posséder un objectif législatif séculier¹⁷¹. Deuxièmement, ses effets ne pourront favoriser ou désavantager une religion donnée et troisièmement, la loi ne devra pas permettre à la religion d'enchevêtrer excessivement les actions de l'État¹⁷².

Comme les deux clauses du 1^{er} Amendement entretiennent une relation particulière, il peut s'avérer difficile de concilier leurs prescriptions dans certaines situations. Dans l'affaire *Wallace v. Jaffree*¹⁷³ par exemple, la Cour suprême s'est demandée si une loi de l'Alabama favorisant le libre exercice et permettant un moment de prière au début des classes dans les écoles allait à l'encontre du principe de non-établissement. Décidant que c'était effectivement le cas, la cour a déterminé qu'une telle loi ne permettait pas à l'État de poursuivre sa route vers une neutralité religieuse parfaite¹⁷⁴.

On comprend ainsi que dans l'hypothèque où la clause de non-établissement entrerait en conflit avec la clause de libre exercice, ce serait cette dernière qui l'emporterait.¹⁷⁵

¹⁷⁰ *Lemon v. Krutzman* 490 U.S. 680 (1989) (Dans cette affaire, la Cour suprême des Etats-Unis a déclaré l'inconstitutionnalité d'un programme mettant en place une assistance financière publique dans les écoles non publiques (donc majoritairement confessionnelles)); Chemerinsky, *supra* note 166 à la p. 1159 (on constate néanmoins que ce test favorise une approche séparationniste ou neutre).

¹⁷¹ *Lemon*, *supra* note 170 à la p. 612.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38, 82 (1985) (*Wallace v. Jaffree*).

¹⁷⁴ *Ibid* aux p. 56 et 61 (Voir l'opinion de la juge O'Connor, concordant avec la majorité, qui a bien illustré la tension existant entre la clause de libre exercice et la clause de non établissement. Elle a alors affirmé que : « On the one hand, a rigid application of [the Establishment Clause] would invalidate legislation exempting religious observers from generally applicable government obligations...On the other hand, judicial deference to all legislation that purports to facilitate the free exercise of religion would completely vitiate the Establishment Clause » à la p. 82)

¹⁷⁵ Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, Mineola, The foundation Press, 1998 à la p. 1201 (Tribe).

Conséquemment, tel que Tribe le souligne « [s]uch dominance is a natural result of tolerating religion as broadly as possible rather than throwing at all cost even the faintest appearance of establishment»¹⁷⁶ .

b) La clause de libre exercice

La notion de religion étant interprétée très largement en droit américain¹⁷⁷, la clause de libre exercice protège les croyants peu importe leurs convictions religieuses. Tant les religions historiquement établies que les nouvelles religions sont visées par cette clause. En outre, la Cour suprême des États-Unis préconise une approche subjective de la notion de religion, comme c'est le cas au Canada¹⁷⁸. C'est d'ailleurs en s'inspirant du droit américain que les juges canadiens ont adopté cette interprétation¹⁷⁹.

Les juges américains se basent sur la perspective du croyant afin de déterminer s'il s'agit réellement de croyances religieuses¹⁸⁰ et c'est dans *Thomas v. Review Board*¹⁸¹ que les tribunaux se sont prononcés sur cette question. Dans cette affaire, la Cour suprême des États-Unis a déterminé que le refus de l'État d'Indiana d'octroyer des compensations de fin d'emploi à un individu ayant perdu son emploi pour des motifs religieux allait à l'encontre du 1^{er} Amendement. Les juges ont statué que pouvaient être reconnues comme une religion les croyances qui sans être parfaitement développées, demeurent « acceptable, logical, consistent or comprehensible¹⁸² ». Ce faisant, on comprend que toute conviction sincère¹⁸³

¹⁷⁶ Tribe, *supra* note 175 à la p. 1180.

¹⁷⁷ *Ibid* à la p.1181.

¹⁷⁸ *Ibid*.

¹⁷⁹ *Amselem*, *supra* note 132 aux par 45 et 46.

¹⁸⁰ Tribe, *supra* note 175 à la p.1181.

¹⁸¹ *Thomas c. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, 450 U.S. 707 (1981) (Thomas v. Review Board).

¹⁸² *Ibid* à la p. 714.

¹⁸³ *Ibid*; Tribe *supra* note 175 à la p. 1181.

en un tel ensemble de croyances peut être considérée comme une religion au sens du droit constitutionnel américain.

Quant à la clause de libre exercice précisément, elle comprend le droit de croire en une religion et le droit de manifester ses croyances¹⁸⁴. Elle protège entièrement, sans restriction, le droit de croire en une religion donnée¹⁸⁵. Néanmoins, comme en droit canadien, elle ne protège pas le droit de manifester de façon absolue¹⁸⁶. Certes, ce droit prévoit qu'un croyant peut manifester ses croyances mais, l'État peut y apporter un certain tempérament pour des raisons d'ordre public¹⁸⁷.

À priori, une loi allant directement à l'encontre de la clause de libre exercice serait considérée comme inconstitutionnelle, si l'État ne peut justifier cette atteinte. Par contre, tel ne serait pas le cas pour une loi «neutre en apparence» qui porterait atteinte au libre au libre exercice indirectement. Dans cette hypothèse, cette loi resterait constitutionnelle si elle est adoptée dans l'intérêt général¹⁸⁸. Comme la Cour suprême le rappelle dans *United States v. Lee*¹⁸⁹, la clause de libre exercice permettant à un individu de manifester ses croyances ne justifie pas une dérogation à une « valid and neutral law of general applicability on the ground that the law proscribes (or prescribes) conduct that his religion prescribes (or proscribes)»¹⁹⁰. Il demeure toutefois possible, mais non obligatoire, pour l'État « d'accommoder » le croyant, c'est-à-dire de permettre une exemption religieuse, afin qu'il puisse manifester sa religion comme il l'entend.

¹⁸⁴ Tribe, *supra* note 175 à la p. 1183.

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ Zoller, *supra* note 161 à la p. 36 (Par exemple voir: *Reynolds v. United States* 98 U.S. (8 Otto.) 145 (1878)).

¹⁸⁸ *Employment Division, Department of Human Resources v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990) (Smith).

¹⁸⁹ *United States v. Lee*, 455 U.S., 252 (1982) (Lee).

¹⁹⁰ *Ibid* à la p. 263.

Tel qu'il a été déterminé dans *Employment Division, Department of Human Resources v. Smith* ¹⁹¹, le fait qu'une loi porte indirectement atteinte à la clause de libre-exercice ne justifie pas nécessairement une exemption. Dans cette affaire, deux individus s'étaient vus refuser une compensation après avoir été renvoyés de leur emploi. Puisqu'ils ont été congédiés parce qu'ils avaient consommé de la peyote, une substance interdite par une loi de l'État d'Oregon, la cour a déterminé que le déni de compensation était justifié. Bien que la consommation de cette substance était prescrite par leurs croyances religieuses, la Cour suprême des États-Unis a jugé que la loi l'interdisant ne violait pas le 1^{er} Amendement¹⁹². Comme la majorité l'a souligné, en principe, si une loi en apparence neutre entrave directement le libre exercice d'une religion par un individu, alors ce dernier pourra demander d'être accommodé ¹⁹³. Toutefois, s'il s'agit d'une « neutral law of general applicability » ¹⁹⁴ » c'est-à-dire une loi d'application générale qui a pour but de protéger l'ensemble de la population et non de restreindre spécifiquement la manifestation d'une religion, alors, aucune dérogation ne sera possible. Dans le cas de Smith, la consommation de peyote ne pouvait faire l'objet d'un d'accommodement puisque cela allait à l'encontre d'une norme « d'intérêt public » ¹⁹⁵.

Autrement dit, si un individu arrive à démontrer la sincérité de ses croyances et l'atteinte directe d'une loi à celles-ci, il revient alors à l'État de faire la preuve que cette atteinte est nécessaire. Ce dernier pourra justifier une atteinte au libre exercice en faisant une démonstration qui se décline en deux étapes. Il devra, d'abord, prouver l'importance de

¹⁹¹ *Smith, supra* note 188.

¹⁹² *Ibid* aux p. 876-890.

¹⁹³ Zoller, *supra* note 161, à la p. 39; *Smith, supra* note 188 à la p. 894.

¹⁹⁴ *Ibid* à la p. 893.

¹⁹⁵ *Ibid* à la p. 894.

l'objectif exprimé par la mesure contestée pour ensuite démontrer qu'accorder une exemption religieuse ne permettrait pas d'atteindre cet objectif important¹⁹⁶.

Il est important de distinguer ce type d'accommodements, qui sont le résultat de la contestation constitutionnelle d'une loi, des « accommodements raisonnables ». Ces derniers s'inscrivent particulièrement dans le domaine du droit du travail. Obligation énoncée par le Titre VII du *Civil Rights Act*¹⁹⁷, le devoir d'accommoder (raisonnablement) incombe aux employeurs lorsque leurs employés en font la demande sauf s'il en résulte une contrainte excessive pour eux¹⁹⁸. Ainsi, un employé qui verrait l'exercice de sa religion restreint dans son milieu de travail pourrait réclamer un accommodement¹⁹⁹. Ce mécanisme juridique s'adresse aux parties privées. On peut donc affirmer que, comme c'est le cas en droit canadien, le droit américain veille à la protection du libre-exercice des croyances tant dans le domaine public que dans le domaine privé.

Finalement, nous avons pu observer que tant le Canada les États-Unis protègent la liberté de religion dans leur droit interne. Ils consacrent constitutionnellement cette liberté à l'article 2a) de la Charte canadienne et au 1^{er} Amendement de la Constitution américaine. Ces États respectent ainsi l'engagement conclu à cet effet à l'égard de la communauté internationale. Or, il existe une marge entre la promotion des droits fondamentaux et leur mise en œuvre par le droit. Certains facteurs détermineront en quoi il est nécessaire pour les

¹⁹⁶ Tribe, *supra* note 174 à la p. 1251.

¹⁹⁷ *Civil Rights Act of 1964*, 42 U.S.C. § 2000e et seq.

¹⁹⁸ Joan A. Evans, « Religious Accommodation in the Workplace: Can we Strike a Balance? » (2007) Schmidt Labor Research Center Seminar Paper Series, University of Rhode Island à la p. 2 (Evans) (Contrairement au droit canadien, le droit américain entrevoit la « contrainte excessive » de façon très étroite; elle parle plutôt du fardeau « minimis » qui serait imposé à un employeur. Ainsi, si l'accommodement impose une contrainte plus que minimale à l'employeur, alors il sera considéré comme déraisonnable).

¹⁹⁹ *Ibid* à la p. 2.

États de prendre des mesures spécifiques afin de protéger réellement la liberté de religion. Puisque notre étude porte particulièrement sur les femmes, il est essentiel de poser un regard sur la façon dont ces titulaires de droit réalisent cette liberté fondamentale. Par la suite, nous pourrions examiner en quoi les mesures étatiques prennent leur réalité en compte et si celles-ci leur permettent de jouir pleinement de leurs droits fondamentaux.

B. LA LIBERTÉ DE RELIGION ET LES FEMMES CROYANTES

Tous les êtres humains sont considérés, aux yeux du droit international, comme des individus égaux entre eux et devant la loi²⁰⁰. Il est alors essentiel que les femmes puissent jouir de l'ensemble de leurs droits et libertés fondamentales de façon égale aux hommes. Or, il semble que dans certains contextes cela ne soit pas toujours aussi évident. On a constaté que les croyantes se voient parfois confrontées à un « non-choix » lorsque vient le temps de concrétiser leurs droits. En effet, certaines d'entre elles peuvent se voir déchirées entre de multiples affiliations normatives. Ce faisant, il arrive qu'elles aient à choisir entre le respect de leurs croyances religieuses et des pratiques qui y sont associées et la véritable réalisation de leurs droits fondamentaux (à l'extérieur de leur communauté). Pour cette raison, en ce qui concerne la liberté de religion, il est plus souvent question pour celles qui font partie de communautés religieuses qui reposent sur des idées patriarcales²⁰¹, de « [r]ealizing religious freedom is often about realizing their freedom within religion²⁰² ». On comprend donc que le milieu dans lequel les croyantes évoluent conditionne directement la façon dont elles exerceront leurs droits fondamentaux. Pour cette raison, nous démontrerons ici que la prise en compte de leur réalité par les États, leur permettront de jouir plus pleinement de leur

²⁰⁰ *Déclaration des droits de l'homme*, supra note 5 et *Pacte relatif aux droits civils et politiques*, supra note 59.

²⁰¹ Susan Moller Okin, « Is Multiculturalism Bad for Women? », dans Susan Moller Okin dir., *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton, Princeton University Press, 1999, 7 à la p. 16 (Okin).

²⁰² Anat scolnicov, supra note 53 à la p. 127.

liberté de religion. Dans cet esprit, seront mis en lumière les différents aspects de la relation entre les femmes et la religion.

C'est par une approche féministe du droit international que nous tenterons de redéfinir ce que constitue la liberté de religion²⁰³. Nous pourrions ensuite examiner ce que peut signifier, pour les croyantes, la mise en œuvre de leur liberté de religion dans un contexte qui leur est propre. Plus particulièrement, seront abordés ici la place de la femme au sein du groupe religieux, la protection de la liberté de religion des femmes par les droits humains de même que, au niveau étatique, l'impact du multiculturalisme sur la pleine jouissance des droits fondamentaux pour les croyantes.

1. LA PLACE DES FEMMES AU SEIN DU GROUPE RELIGIEUX

Plusieurs religions²⁰⁴, tant la religion majoritaire d'un État séculier que les religions minoritaires en présence sur son territoire, possèdent des pratiques et idéologies discriminatoires envers les femmes²⁰⁵. Selon Susan Moller Okin, la plupart des religions de la planète puisent leurs origines dans une conception patriarcale de ce que devrait être l'organisation d'une société²⁰⁶. À des degrés différents, on constate que restent des relents de cette conception du monde au sein de pratiquement tous les groupes religieux. Si, par exemple, on observe les cinq principales religions du monde en importance soit le bouddhisme, l'hindouisme, le christianisme, le judaïsme et l'islam, on constate qu'elles reposent toutes, à différents niveaux, sur des idées patriarcales. En effet, chacune de ces

²⁰³ Anat scolnicov, *supra* note 53 à la p. 127.

²⁰⁴ À titre de précision, pour les fins de ce propos, nous considérerons que le terme « culture » englobe la notion de religion; selon la conception subjective de la religion, la « religion » et la « culture » en viennent à se confondre.

²⁰⁵ Okin, *supra* note 201 à la p. 12.

²⁰⁶ *Ibid.*

grandes traditions religieuses comporte un éventail de pratiques et de croyances, allant de la plus libérale au fondamentalisme pur²⁰⁷.

On observe alors que l'exercice de certaines pratiques peut engendrer des répercussions sur la condition féminine par le fait qu'elles véhiculent une domination de l'homme sur la femme. Par exemple, ces pratiques se matérialisent dans la religion juive orthodoxe par le fait que le divorce découle indubitablement de la volonté du mari²⁰⁸. Pareillement, dans certains courants de la religion musulmane, notamment chez certains Bédouins de confession musulmanes en Israël, les normes religieuses permettent la polygamie²⁰⁹. On peut noter aussi que, dans pratiquement toutes les branches du catholicisme, il existe une obligation, implicite à tout le moins, imposant aux femmes d'obéir à leur mari²¹⁰. De même, on observe que dans certaines branches de l'hindouisme, les normes religieuses favorisent les héritiers au détriment des héritières en matière de succession²¹¹.

Par conséquent, on peut affirmer, sans généraliser, qu'il existe au sein de plusieurs communautés religieuses une tendance à subordonner les femmes aux hommes²¹². Partant de l'idée que cette domination masculine existe et découle de différentes formes de

²⁰⁷ Courtney W. Howland, « The Challenge of Religious Fundamentalism to the Liberty and Equality Rights of Women : An analysis Under the United Nations Charter », (1997) 35 Columbia Journal of Transnational Law 271, aux p. 274-277 (Howland) (Dans cet article, l'auteure effectue une comparaison entre les différentes formes de subordination de la femme à l'homme découlant du fondamentalisme au sein des 5 principales religions du monde, démontrant ainsi l'existence d'une tendance fondamentaliste et de domination des hommes dans l'ensemble de ces religions).

²⁰⁸ Frances Raday, « Religion and Patriarchal Politics: The Israeli Experience », dans Courtney W. Howland dir, *Religious Fundamentalisms and the Human Rights of Women*, New-York, St Martin's Press, 1999, 155 à la p 159 (Raday).

²⁰⁹ *Ibid* p. 160.

²¹⁰ *Ibid* p. 161.

²¹¹ Donna J Sullivan, *supra* note 103 à la p. 839 (Cela est notamment répertorié dans les lois Mitakshara et Parsi en Inde).

²¹² Patrick Savidan, *Femmes et Multiculturalisme : quelle reconnaissance pour quelle justice?*, Paris, Presses de l'Université Paris Sorbonne, Raison Publique 9, 2008, à la p. 6 (En réponse à la critique essentialiste qui porte sur la généralisation des religions et de leurs traditions patriarcales).

croyances, il est donc pertinent d'examiner le rôle que l'on attribue en général aux femmes dans les groupes religieux en général.

**a) Les femmes comme force centralisatrice des minorités
religieuses**

Les femmes assument un rôle central au sein des groupes religieux et elles sont essentielles à sa préservation²¹³. Non seulement, elles garantissent la survie démographique de la communauté, car c'est par elles que passe la reproduction, mais elles assurent aussi la survie identitaire²¹⁴. De surcroît, elles demeurent les principales responsables de la socialisation des enfants de la communauté²¹⁵. Les femmes sont donc les véritables gardiennes de la culture et des traditions à l'intérieur du groupe²¹⁶. Étant responsables de leur transmission, on comprend qu'elles ont, au sein de leur communauté, un rôle d'une importance capitale. Pour ces raisons, les normes religieuses visent, le plus souvent, à contrôler les aspects les plus fondamentaux de leur vie²¹⁷.

Dans un autre ordre d'idées, on constate que les règles ayant pour objectif la préservation identitaire du groupe religieux accordent un grand intérêt à l'encadrement du statut personnel. En effet, on observe que ces dernières ont un impact particulier sur la vie des croyantes car elles cristallisent les pratiques de la communauté dans ce but. Le plus souvent, les traditions déterminent en grande partie le rôle de ses membres en fonction du genre²¹⁸. Cela engendre, de facto, une distinction entre la place occupée traditionnellement

²¹³ Multicultural Jurisdiction, *supra* note 9 à la p. 50.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ *Ibid* à la p. 56.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ *Ibid* à la p. 57

²¹⁸ *Ibid.*

par les hommes ou les femmes au sein de la communauté²¹⁹. Dans les sociétés patriarcales, on comprend que cela aura un effet considérable sur le rôle attribué aux femmes.

Par conséquent, dans la plupart des groupes, les femmes demeurent plus susceptibles de s'occuper de l'organisation domestique. Les normes religieuses auraient alors un plus grand impact sur elles car celles-ci encadrent particulièrement la vie à la maison²²⁰. Autrement dit, puisque ces normes régularisent en grande partie la sphère privée, elles auront des conséquences plus marquées pour celles qui évoluent dans cette même sphère. Comme le souligne Susan Moller Okin « Home is, after all, where much of culture is practiced, preserved and transmitted to the young »²²¹. C'est donc parce qu'elles restent à la maison afin de transmettre les connaissances nécessaires à la préservation identitaire de la communauté qu'elles sont plus touchées par les normes religieuses.

Ce véritable « cercle vicieux » influera directement le rôle qui sera attribué aux femmes dans le groupe. Celles-ci se verront « prisonnières » de cet état de faits car elles perdront la chance de se faire une place dans la sphère publique. Les hommes, quant à eux, auront la possibilité d'influencer certains aspects de la vie culturelle puisqu'ils participent dans une plus grande mesure à la vie publique²²².

²¹⁹ Donna J. Sullivan, *supra* note 103 à la p. 803

²²⁰ Okin, *supra* note 201 à la p. 13.

²²¹ *Ibid.*

²²² *Ibid.*

**b) Un regard sur les normes religieuses touchant
particulièrement les femmes**

La plupart du temps, les normes régissant la vie des membres d'une communauté prennent bien soin de déterminer qui peut faire partie du groupe et qui peut y demeurer²²³. Comme les lois d'un État régularisent la citoyenneté, les règles religieuses font en sorte de déterminer qui peut être considéré comme un membre à part entière de la communauté. Pour ce faire, les normes contrôlent particulièrement certains aspects de la vie des croyants et elles visent généralement les domaines de droit qui permettent d'assurer la perpétuité de la communauté. Pour cette raison, elles portent le plus souvent sur le domaine de la famille²²⁴. Elles encadrent, par exemple, le mariage, le divorce et les naissances²²⁵.

Ces normes religieuses ont un impact direct sur les pratiques du groupe²²⁶. On remarque que c'est par elles que seront perpétuées certaines inégalités car elles y sont cristallisées. À titre d'illustration, on observe que dans certaines traditions, en vertu du droit religieux, la dissolution de l'union sera l'affaire de la seule volonté du mari²²⁷. Cela est le cas dans la communauté juive orthodoxe notamment. De même, certaines religions, telles que l'Islam et le Mormonisme, permettent aux hommes de pratiquer la polygamie. Or, il a été démontré que, souvent, les mariages polygames engendrent une certaine forme de contrôle et de domination du mari sur ses épouses²²⁸. On a aussi observé que ce type d'union peut contribuer à accentuer la vulnérabilité de ces femmes. Puisque dans certaines régions du globe, ces dernières se marient afin d'assurer leur survie économique, on comprend que

²²³ Multicultural Jurisdiction, *supra* note 9 à la p. 45.

²²⁴ *Ibid* à la p. 52.

²²⁵ *Ibid* à la p. 57.

²²⁶ Okin, *supra* note 201 à la p. 13.

²²⁷ Multicultural Jurisdiction, *supra* note 9 à la p. 56.

²²⁸ Okin, *supra* note 201 à la p. 13.

pour elles, le mariage constitue un véritable « non-choix »²²⁹. Ce faisant, cet état de dépendance ne fera qu'accentuer la précarité de leur situation au sein de l'union.

La get et de la polygamie ne sont que quelques exemples de traditions religieuses perpétuant des pratiques inégalitaires. Or, la plupart des religions véhiculent, par le biais de normes religieuses, des coutumes semblables. Il reste que, bien que ce ne soit pas toujours le cas, les femmes sont plus susceptibles de se retrouver dans une position de vulnérabilité au sein de leurs communautés religieuses. On comprend alors que la concrétisation de leurs droits fondamentaux sera nécessairement conditionnée par la place et le traitement qu'on leur accorde. C'est dans cet esprit que la critique féministe des droits humains s'inscrit; elle présuppose que puisque ce domaine de droit est l'œuvre des hommes (s'adressant aux hommes), la réalité des femmes n'y est pas reflétée²³⁰. On peut alors se demander « [h]ow can women be taken seriously accross this entire spectrum of human rights »²³¹?

2. *UNE PERSPECTIVE FÉMINISTE DES DROITS HUMAINS*

Tel que Anat Scolinov le souligne : « The protection of women's freedom of religion and belief is a paradigm test case between religious freedom as a community right and the rights of individuals in that community »²³². Ainsi, il sera intéressant d'analyser comment cette réalité est abordée en droit international. Plus précisément, on s'attardera ici aux instruments protégeant le droit à l'égalité des sexes et la liberté de religion. Ensuite, dans une perspective féministe, un survol des principales critiques des droits de l'homme sera effectué.

²²⁹ Okin, *supra* note 201 à la p. 10 (Comme c'est le cas en Égypte par exemple).

²³⁰ Hilary Charlesworth « What are Women's International Human Rights? », dans Rebecca J. Cooke dir, *Human Rights of Women*, Philadelphie, University of Pensylvania Press, 1994, 58 à la p. 59 (Charlesworth).

²³¹ Charlesworth, *supra* note 230 à la p. 59.

²³² Scolnicov, *supra* note 53 à la p. 126.

a) La protection de la liberté de religion des femmes en droit international

Bien que plusieurs instruments internationaux garantissent la liberté de religion et le droit à l'égalité des sexes, on constate qu'aucun d'entre eux ne consacre spécifiquement le droit des femmes à la liberté de religion²³³. Tant la *Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes*²³⁴ que la *Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction*²³⁵ restent muettes à ce sujet²³⁶. Cette absence de protection spécifique s'explique par le fait que la promotion des droits fondamentaux, énoncés dans les instruments de protection des droits humains, ne s'adresse pas seulement aux hommes mais à chaque individu. Ainsi, on comprend que dans cette perspective, le fait d'accorder une attention spécifique à la liberté de religion des femmes reviendrait à nier le caractère universel des droits humains²³⁷.

Par ailleurs, on peut se demander si, sous le couvert de la liberté de religion, le droit international protège aussi l'interdiction de discrimination faite aux femmes. Ce questionnement revêt une importance capitale puisque, comme nous l'avons constaté, certaines pratiques religieuses véhiculent des comportements discriminatoires. On comprend alors que l'application de la liberté de religieuse peut entrer en conflit avec le droit à l'égalité²³⁸. Néanmoins, on constate que, par la conjonction de la Convention et de la

²³³ Scolnicov, *supra* note 53 à la p. 128.

²³⁴ *Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes*, Res AG 34/180 Doc off NU, 34^e sess, supp no. 46, Doc. NU A/34/46, (1981) (CEDEF).

²³⁵ *Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction*, *supra* note 4.

²³⁶ Scolnicov, *supra* note 53 à la p. 128.

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ *Ibid.*

Déclaration, le droit international arrive tout de même à conjuguer la promotion de liberté religieuse et la réalité des femmes.

La *Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes* garantit plusieurs dimensions du droit à l'égalité. Parmi celles-ci, on relève notamment: l'égalité dans le mariage²³⁹, l'égalité dans l'accès aux soins de santé et les services de planification des naissances²⁴⁰, l'égalité dans l'accès à l'éducation²⁴¹ et l'égalité dans la participation à la vie politique²⁴². De même, cet instrument prévoit que tous demeurent égaux devant la loi²⁴³ et que les États s'engagent à garantir les droits et libertés fondamentales des femmes²⁴⁴.

Quant à elle, la *Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction*, ayant pour objectif le respect effectif du droit à la liberté de pensée, de conscience, de religion ou de conviction, permet de réaffirmer et de détailler les multiples facettes de cette liberté. Bien entendu, les instruments de droit international, tels que ceux précédemment mentionnés, énonçant le droit à l'égalité sans discrimination fondée sur le sexe de même que le respect de la liberté de religion n'engagent que les États qui les ont ratifiés.

Or, comme Anne-Marie Lévesque le souligne, il est aberrant de constater que plusieurs États ont émis des réserves aux dispositions phares de la *Convention sur*

²³⁹ CEDEF, *supra* note 234 art. 16.

²⁴⁰ *Ibid* art. 12.

²⁴¹ *Ibid* art.10.

²⁴² *Ibid* art. 7.

²⁴³ *Ibid* art.15

²⁴⁴ *Ibid* art. 3.

*l'élimination de toute forme de discrimination faite aux femmes*²⁴⁵. S'appuyant sur des motivations culturelles et religieuses, nombre de parties à la Convention démontrent ainsi que la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes ne fait pas le poids contre la préservation des caractéristiques identitaires de leur population. En outre, on remarque que, contrairement à la prohibition de la discrimination fondée sur le sexe, l'élimination de la discrimination fondée sur la race paraît posséder un statut légal beaucoup moins précaire en droit international. En effet, aucune réserve qui aurait été basée sur des considérations religieuses n'aurait été émise au regard des principales dispositions de la *Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination fondée sur la race*²⁴⁶. Peut-on déduire que les instruments de droit international protégeant les droits des femmes sont plus « fragiles²⁴⁷ »? À tout le moins, on observe que la mise en œuvre des obligations qu'ils imposent paraît moins « importante » pour certains États.

b) Les critiques posées sur les droits humains en droit international

Les États devraient faire en sorte que les femmes puissent jouir de leur liberté de religion au même titre que les hommes. L'égalité substantielle n'emportant pas avec elle nécessairement un traitement identique des individus²⁴⁸, il est important de garder à l'esprit que la jouissance de cette liberté puisse se décliner en fonction du genre. Tel que la critique féministe du droit international le conçoit, il faudrait être en mesure de mettre en œuvre des

²⁴⁵ Anne-Marie Lévesque, « Jus cogens et non-discrimination: pourquoi la discrimination n'est-elle pas interdite par une norme impérative du droit international ? », 48 RJTUM 2 [à paraître en 2014] à la p. 36 (Lévesque).

²⁴⁶ Lévesque, *supra* note 245 à la p. 37.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ Donna J. Sullivan, *supra* note 103 à la p. 801.

« women's human rights²⁴⁹ ». Fort de ce constat, Charlotte Bunch et Samantha Frost affirment que: « The incorporation of women's perspective and lives into human rights standards and practice forces recognition of the dismal failure of countries worldwide to accord women the human dignity and respect that they deserve simply as human beings²⁵⁰ ».

C'est dans cet esprit que Hilary Charlesworth propose de développer un discours féministe des droits des humains²⁵¹. Cette approche repose sur la constatation suivante; la prétention à l'universalité de ce domaine de droit est une fiction. On ne peut pas tenir pour acquis que tous les individus « are equals in relation to all rights²⁵² ». La mise en œuvre de certains droits ou libertés par les États, dans leur droit interne, devrait alors être conditionnée par cette observation. En postulant que le domaine des droits humains a été élaboré par des hommes qui se basaient sur leurs propres perceptions, il est intéressant de se demander quelle serait la perspective des femmes sur tel droit ou telle liberté²⁵³.

Dans la poursuite de l'égalité substantielle un tempérament doit être apporté: l'influence qu'aurait la culture sur une perspective féministe des droits humains. Ainsi, il est important de réaliser que: « Assessments of whether a religious law or practice constitutes discrimination as defined in international law must take account of the manner in which gender itself is constructed and the role of religious law and tradition in defining gender

²⁴⁹ Charlesworth, *supra* note 230 à la p. 58.

²⁵⁰ Charlotte Bunch et Samanta Frost « Women's Human Rights: An Introduction », dans *International Encyclopedia of Women: Global Women's Issues and Knowledge*, New-York, Routledge, 2000 p. 1.

²⁵¹ Charlesworth, *supra* note 230 à la p. 62

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ *Ibid*

rôles »²⁵⁴. C'est dans cette optique que, seront examinées ici, deux critiques de la prétention universaliste des droits humains : le relativisme culturel et la réflexivité.

i. Le relativisme culturel

La critique formulée à partir du relativisme culturel s'appuie sur le constat suivant: la perception des droits fondamentaux serait fonction de la culture des individus²⁵⁵. Autrement dit, les tenants du relativisme culturel tiennent pour acquis que de l'égalité (universelle) des droits découle indubitablement une inégalité de faits puisque les caractéristiques culturelles ne sont pas prises en compte²⁵⁶. Le parachèvement de cette conception des droits humains passerait alors inévitablement par la considération d'un particularisme culturel. Ainsi, il reste essentiel, selon cette prémisse, de mettre de côté l'idée selon laquelle les droits et libertés fondamentales sont universels²⁵⁷. Plutôt, il vaudrait mieux accentuer la prise en compte des spécificités des membres des groupes culturels²⁵⁸

C'est en remettant en question la prétention à l'universalité des droits humains que le relativisme culturel rencontre la critique féministe. Ces critiques se rejoignent en ce qu'elles s'appuient sur le même constat: le postulat selon lequel les caractéristiques d'un individu telles que son genre ou sa culture (ou sa religion) influent sur la jouissance de ses droits fondamentaux. Ainsi, on comprend que c'est par la mise en contexte des droits humains que leur réalisation sera la plus effective. Pour ce qui est de la liberté de religion en particulier, il

²⁵⁴ Sullivan, *supra* note 103 aux p. 802 et 803.

²⁵⁵ Anne Phillips, *Multiculturalism without culture*, Princeton, Princeton University Press, 2007 à la p. 33 (Phillips); Anne Phillips, « Multiculturalism, Universalism and the Claim for Democracy » 2001 United Nations Research Center For Social development, 7, en ligne : <http://www.unrisd.org/> (Multiculturalism, Universalism).

²⁵⁶ Phillips, *supra* note 255 à la p. 33.

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ *Ibid.*

sera alors essentiel de considérer l'influence du genre et des communautés culturelles (ou religieuses) sur la concrétisation de cette liberté par leurs membres.

Toutefois, certains auteurs soulèvent qu'il demeure difficile de faire preuve de relativisme culturel car chacun demeure influencé par sa propre culture malgré tout²⁵⁹. Cela s'explique par le fait que tous les individus ont été socialisés dans une culture déterminée et qu'elle influence directement la vision qu'ils ont de la « neutralité ». En cela, réside un danger important pour les tenants de cette critique. Tel que Anne Philips le souligne, pour certains, « cultural difference is more often read as cultural hierarchy than cultural variation. There are said to be "better" and "worse", "more advanced" and "more backward" cultures »²⁶⁰.

Il sera donc ardu, voire impossible, pour l'observateur de faire abstraction de sa propre culture. Cela influencera nécessairement la perception qu'il aura d'une culture étrangère à la sienne. À cet égard, on note qu'il existe toutes sortes de « cultures » : même le libéralisme peut être perçu comme tel²⁶¹. C'est dans cette perspective que nous proposons que les réflexions sur le relativisme culturel devraient être tempérées par la critique de la réflexivité²⁶².

ii. La théorie de la réflexivité:

Empruntée au domaine de l'anthropologie et de la sociologie, la théorie de la réflexivité ou de la « self reflexivity », permet de pousser l'idée de relativisme un peu plus

²⁵⁹ Karen Knop, Ralf Michaels et Annelise Riles, « From Multiculturalism to Technique: Feminism, culture and the Conflict of Law Style » (2012) 64 Stanford Law Review 589 à la p. 598 (Knop, Michaels et Riles).

²⁶⁰ Multiculturalism, Universalism, *supra* note 255 à la p. 4.

²⁶¹ *Ibid* à la p. 4.

²⁶² Knop, Michaels et Riles, *supra* note 259 à la p. 600.

loin²⁶³. En fait, on pourrait dire que la réflexivité permet de relativiser la conception du « relativisme culturel ». Cette critique présuppose que la culture ne peut justifier aucun comportement discriminatoire au sein des groupes; elle ne pourrait donc pas constituer une« (...) explanation for gender oppression within non-Western communities, while failing to see women in the West as likewise culturally situated»²⁶⁴.

Les tenants de cette approche soutiennent que c'est en se référant à l'idée que les membres du groupe culturel se font de leur propre culture que l'on arriverait à une meilleure prise en compte du particularisme religieux des individus. Par conséquent, la réflexivité en contexte féministe permettrait de mettre en perspective la place qu'occupe la femme au sein du groupe culturel. Le filtre par lequel on perçoit les traditions et préceptes religieux d'une certaine communauté serait alors tempéré par cette transposition de la place de l'observateur: mieux vaudrait observer le groupe religieux d'un œil interne et averti que de poser des conclusions en se fondant sur une perspective tout à fait extérieure. Ainsi, une pratique religieuse qui, à première vue, paraîtrait discriminatoire aux yeux de féministes occidentales, pourrait néanmoins s'avérer un choix éclairé pour des femmes évoluant dans un certain contexte culturel²⁶⁵. Par exemple, prenons le port du voile; malgré ce qu'il en paraît, il reste que pour bien des croyantes, le respect de cette coutume vestimentaire est conditionné par leur seule volonté²⁶⁶. Un observateur peu averti pourrait croire que le fait de se voiler est une action imposée par leur groupe d'appartenance. Or, on ne peut présumer que ce soit le cas et c'est ce que la critique de la réflexivité nous enseigne.

²⁶³ Knop, Michaels et Riles, *supra* note 259 à la p. 600.

²⁶⁴ *Ibid* la p. 602.

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ *Ibid.*

Dans cette optique, une attention particulière doit être portée à l'impact que possède la culture (ou la religion) sur la manière dont les droits humains devraient être exercés. Sans justifier des comportements allant à l'encontre de l'ordre public, il est alors possible pour les États de relativiser la façon dont les droits et libertés fondamentales sont exercés par leurs titulaires. De ce fait, on pourra acquérir une plus grande compréhension des formes que peut prendre la manifestation des croyances étant propre aux femmes.

Les États se doivent de trouver l'équilibre entre la protection des droits du groupe et l'impact que ces mesures de protection auront, à l'interne, sur les droits individuels de leurs membres²⁶⁷. Il s'agira en fait de faire une balance des intérêts entre droits individuels et droits collectifs. Selon Anne Phillips, la quête de cet équilibre dépendra de l'interprétation que l'on se fait de l'une de chacune de ces catégories de droit²⁶⁸. Bien évidemment, si on interprète une catégorie de droits d'une façon trop étendue alors elle risquera d'empiéter inévitablement sur l'autre.

À la lumière de ces deux critiques, il sera pertinent d'observer en quoi, pour les croyantes, la concrétisation de la liberté de religion peut comporter certaines particularités. Plutôt que de se prononcer sur l'impact de telles pratiques ou telles coutumes sur elles, il faudra plutôt garder en tête que « Recognizing that women in other cultures are not simply victims in need of saving introduces the principle of choice into the feminism/culture debate, to be balanced against the principle of equality »²⁶⁹. En se concentrant véritablement sur la réalité de ces femmes, l'État parviendra à mettre en place des mesures permettant la pleine réalisation de leurs droits fondamentaux.

²⁶⁷ Multiculturalism, Universalism, *supra* note 255 à la p. 6.

²⁶⁸ *Ibid* à la p. 6

²⁶⁹ Knop, *supra* note 259 à la p. 601

Rappelons enfin que, afin de tendre vers la pleine réalisation des droits fondamentaux des croyantes, particulièrement de leur liberté de religion, mieux vaudrait ne pas reléguer la religion à la sphère privée. Comme Anat Scolnicov le souligne: « What happens within and by religious communities should be a concern to international and national law »²⁷⁰. C'est également l'opinion de Jean-François Gaudreault-Desbiens²⁷¹, Susan Okin²⁷² et de Ayelet Shachar²⁷³ sur la question. Conséquemment, dans l'hypothèse où l'État accorderait certains privilèges à des communautés religieuses quant à leur gestion, il risquerait, par le fait même, d'encourager une certaine forme de privatisation de la religion²⁷⁴. Ce pourrait être le cas si on reléguait une autonomie juridictionnelle aux communautés religieuses sur certains domaines du droit, par exemple²⁷⁵. En fait, on observe que lorsqu'un État se concentre prioritairement sur la préservation identitaire d'une minorité religieuse, donc sur le groupe, il est grandement possible que la protection des droits individuels demeure conférée à l'arrière plan²⁷⁶. Il est légitime de se questionner ici quant à l'impact cette privatisation de la diversité²⁷⁷ et quant à ses effets sur les femmes croyantes. Ne permettrait-elle pas une accentuation des inégalités?

²⁷⁰ Scolnicov, *supra* note 53 à la p. 127.

²⁷¹ Jean-François Gaudreault-Desbiens, « Constitutional Values, Faith-Based Arbitration, and the limits of Private Justice in a Multicultural Society » (2005) 19 N.J.C.L. 155 (Gaudreault-Desbiens).

²⁷² Okin, *supra* note 200 (Okin se questionne sur l'impact du multiculturalisme sur les femmes (Is Multiculturalism Bad For Women?) et critique cette idée politique).

²⁷³ Ayelet Shachar, « Privatizing diversity : A Cautionary Tale From religious Arbitration in Family Law » (2008) 9 *Theoretical inquiries in Law* 2, 573 (Privatizing Diversity) (L'auteur se questionne sur ce qu'elle nomme la « diversité privée » et argumente que la religion ne devrait pas être reléguée à la sphère privée).

²⁷⁴ Okin, *supra* note 201 aux p. 11 et 12.

²⁷⁵ Gaudreault-Desbiens, *supra* note 271 à la p. 169.

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ Privatizing diversity, *supra* note 273 à la p. 575.

**c) L'impact du multiculturalisme sur la jouissance de la liberté
de religion des femmes croyantes**

C'est, entre autres, par la critique portée par les tenants d'un multiculturalisme libéral, tel que Will Kymlicka le conçoit, que l'on s'est interrogé sur l'impact des politiques de gestion des minorités culturelles et religieuses dans les États séculiers. Cette critique présuppose que les spécificités propres à chaque personne ne pourraient être sauvegardées que par la protection de l'identité des communautés minoritaires. Pour cette raison, il vaudrait mieux préconiser une approche centrée sur le groupe et non seulement l'individu. C'est dans ce dessein que Kymlicka propose de mettre en place en des «accommodements»²⁷⁸. Ces «accommodements culturels», au sens où la philosophie politique l'entend, permettraient, selon lui, de préserver les particularités identitaires des groupes. Ce faisant, ils auraient pour effet de garantir aux membres de communautés religieuses un accès à l'ensemble de pratiques, coutumes et traditions formant leur identité spécifique²⁷⁹.

On a constaté cependant que le fait de se concentrer sur la préservation identitaire d'un groupe engendre son lot de difficultés. Pour certains auteurs, le multiculturalisme et les accommodements qu'il implique²⁸⁰, étant censés faciliter l'intégration des individus issus de communautés culturelles, posent certains problèmes. Par exemple, Ayelet Shachar, souligne qu'en partageant les « coûts du multiculturalisme » au niveau « juridictionnel » et en accordant une certaine compétence aux groupes religieux sur des domaines particuliers, on en vient à pénaliser les membres vulnérables de ce même groupe²⁸¹. Selon elle, le principal obstacle se trouverait dans la recherche de l'équilibre entre les catégories de droits

²⁷⁸ Multicultural Jurisdiction, *supra* note 9 aux p. 23 et 24 Kymlicka, *supra* note 28.

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ Kymlicka, *supra* note 41 (Pour l'auteur, le multiculturalisme implique l'accommodement des minorités culturelles dans la sphère publique).

²⁸¹ Multicultural jurisdictions, *supra* note 9 à la p. 27.

(individuels et collectifs). Cela se refléterait principalement dans l'interrelation prenant place entre l'individu, le groupe et l'État. Elle croit donc que : « We must therefore find a way to enable the multicultural state to allocate jurisdiction to identity groups in certain legal arena, while simultaneously respecting group member's rights as citizens »²⁸². Elle soutient qu'en mettant ces enjeux de côté, on tombe inévitablement dans les méandres de la « vulnérabilité multiculturelle »²⁸³.

On observe actuellement une forte tendance de la part des groupes religieux dans les États séculiers à régler en privé des litiges ayant trait à des aspects juridiques spécifiques²⁸⁴. C'est particulièrement le cas en ce qui a trait aux affaires relevant du domaine du droit de la famille²⁸⁵. On assiste donc à une demande grandissante pour la privatisation de la diversité²⁸⁶. La religion étant en majeure partie évacuée de la sphère publique, certaines communautés religieuses ont ressenti le besoin de régler des affaires selon les normes religieuses les régissant²⁸⁷. Pour cette raison, on a observé, au cours des dernières années, la concrétisation de certaines demandes en ce sens. Au Canada par exemple, au cours des années 2000, le Islamic Institute of Civil Justice manifesté son intention d'implanter des tribunaux islamiques en Ontario²⁸⁸. Cette proposition visait particulièrement à mettre en place un système juridictionnel privé traitant des questions de droit de la famille selon les normes musulmanes²⁸⁹. De même, ailleurs dans le monde, comme en Angleterre par exemple, on a

²⁸² Multicultural jurisdictions, *supra* note 9 aux p. 27 et 28.

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ Ayelet Shachar, « State Religion and the Family : The New Dilemmas of Multicultural Accommodation », dans Rex Ahdar et Nicholas Aroney dir, *Shari'a in The West*, Oxford, Oxford University Press, *Shar'ia in the West*, 2010, 115 à la p. 118 (New Dilemmas).

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ Privatized diversity, *supra* 273 à la p. 575.

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ Gaudreault-Desbiens, *supra* note 271 à la p. 156.

²⁸⁹ Privatized diversity, *supra* 273 à la p. 577 (Nous reviendrons d'ailleurs sur cet événement en deuxième partie).

pu observer des phénomènes semblables²⁹⁰. On pourrait penser que les demandes formulées par les communautés religieuses afin d'acquérir une autonomie juridictionnelle quant à une ou plusieurs branches du droit ayant trait à la vie religieuse de leurs membres, traduisent un besoin réel. On peut aussi affirmer qu'il s'agit, en fait, d'une manifestation des difficultés soulevées par le phénomène de l'internormativité. À cet égard, nous rappelons que pour harmoniser les rapports entre les ordres normatifs, l'État doit parfois prendre action et cela peut se réaliser par un effort de coordination des normativités dans une perspective de droit global.

Ces demandes portent particulièrement sur le droit de la famille. Puisque c'est par ce domaine que sont véhiculées la plupart des pratiques et traditions perpétuant l'inégalité entre les sexes dans les communautés religieuses, on comprend que la privatisation des règlements de conflits en cette matière comporte ses risques. Par cette manifestation de la diversité privée, on risque de déséquilibrer l'interrelation existante entre l'État, la communauté et l'individu²⁹¹. Ainsi, on peut aisément réaliser que, lorsque l'État accorde des groupes en leur octroyant une certaine autonomie juridictionnelle sur des domaines de droit spécifique, il risque parfois de pénaliser les individus en faisant partie. Pour cette raison, Ayelet Shachar affirme, qu'on devrait se garder d'accorder de tels accommodements (multiculturels) en matière de droit de la famille par exemple²⁹².

Par ailleurs, en protégeant le groupe plutôt que les individus en faisant partie, il est facile de perdre de vue les intérêts de ses membres; cela constitue le principal piège de la privatisation de la diversité. De ce fait, on constate que le multiculturalisme et l'approche privée de la diversité, en prônant une réalisation collective de la liberté de religion, mettent en

²⁹⁰ Privatized diversity, *supra* 272 à la p. 575.

²⁹¹ Multicultural Jurisdiction, *supra* note 9 à la p. 47.

²⁹² *Ibid* à la p. 27.

péril la pleine jouissance (individuelle) de cette liberté fondamentale pour les membres des communautés religieuses. Les personnes les plus vulnérables, comme les femmes par exemple, risquent souvent d'en être les victimes. En reléguant certaines pratiques culturelles hors de la sphère publique, on ferme les yeux sur les effets néfastes qu'elles peuvent avoir sur les elles.

C'est dans cet esprit que Okin se demande « Is multiculturalism bad for women²⁹³ »? En se concentrant sur le bien-être du groupe, sa capacité à préserver son identité culturelle, l'État perd de vue l'individu²⁹⁴. Bien que certaines mesures soient nécessaires quant à la préservation identitaire du groupe religieux, la plus grande attention devrait être accordée aux personnes le composant. Autrement dit, « [t]he State should elaborate its policy to favour the protection of individuals rather than the cohesion of groups, religious or otherwise»²⁹⁵.

Les personnes vulnérables gagneraient à ce que les États séculiers n'évacuent pas la pratique de la religion de la sphère publique pour plutôt la reléguer à la sphère privée. L'objectif ultime de la gestion de la pluralité étant de concilier la diversité et l'égalité²⁹⁶, c'est en conservant les manifestations de la diversité culturelle au niveau public, que les États contribueront à la jouissance pleine et entière de la liberté de religion, de même que du droit à l'égalité. De surcroît, en encourageant les membres des communautés religieuses à manifester leurs croyances autrement qu'en privé, on favorise l'harmonisation entre le libre exercice de la religion et les valeurs de l'État²⁹⁷. Aussi, on constate que cette approche

²⁹³ Okin, *supra* note 201.

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ Gaudreault-Desbiens, *supra* note 271 à la p. 169.

²⁹⁶ New Dilemmas, *supra* note 284 à la p. 125.

²⁹⁷ Multicultural Jurisdictions, *supra* note 9 à la p. 125.

permettrait aux membres de remettre en question certaines traditions ou coutumes ne cadrant pas tout à fait avec ce qui est prôné par l'État séculier²⁹⁸.

Ainsi, c'est en s'attardant à l'interaction existant entre les systèmes normatifs auxquels les femmes sont soumises que l'État pourra mettre en place des mesures permettant de réaliser pleinement leurs droits fondamentaux²⁹⁹. Autrement dit, il est particulièrement important de prendre en compte la réalité des femmes croyantes dans les sociétés séculières et d'examiner quels sont les ensembles normatifs qui régissent leur vie. Plusieurs approches sont proposées en ce sens. Pour Ayelet Shachar, la solution résiderait en une discussion ayant pour objectif de concilier ces multiples affiliations normatives³⁰⁰. De ce fait, il serait possible, selon elle, d'établir un meilleur dialogue dans l'interrelation existant entre l'individu, la communauté et l'État³⁰¹. En pratique, cela se matérialiserait par la mise en place de «transformative accommodations»³⁰² qui relativiseraient à la fois le pouvoir des communautés religieuses sur leurs membres et le pouvoir de l'État sur ces communautés³⁰³. Le but serait de créer une gouvernance conjointe sur certains domaines du droit en attribuant une compétence partagée entre le pouvoir étatique et le pouvoir communautaire³⁰⁴. Cela permettrait à une personne d'éviter de se retrouver devant un non-choix entre la soumission aux normes juridiques et la soumission aux normes religieuses³⁰⁵. Autrement dit, ce type

²⁹⁸ Multicultural Jurisdictions, *supra* note 9 à la p. 125 (Shachar suggère que cette « évolution » des pratiques serait rendue possible par le fait que les dirigeants du groupe, les décideurs dans l'ordre normatif parallèle, feraient cheminer les traditions de la communauté et leur application afin d'éliminer certaines pratiques discriminatoires envers les femmes par exemple).

²⁹⁹ Privatizing diversity, *supra* note 272 à la p. 579.

³⁰⁰ *Ibid* à la p. 579

³⁰¹ New Dilemmas, *supra* note 284 à la p. 126.

³⁰² Multicultural Jurisdictions, *supra* note 9 à la p. 126

³⁰³ *Ibid*.

³⁰⁴ *Ibid* à la p. 119.

³⁰⁵ *Ibid* à la p. 120.

d'accommodement focaliserait sur les individus plutôt que le groupe, permettant ainsi aux plus vulnérables d'entre eux de réaliser pleinement leurs droits fondamentaux.

C. CONCLUSION

Il a été démontré que, malgré le nombre important d'instruments de droit international protégeant la liberté de religion et les droits des femmes, aucun d'entre eux ne s'attarde précisément à la protection de liberté de religion des femmes. L'importance de l'encadrement juridique de tels sujets de droit se justifie, d'une part, par la place qu'elles occupent au sein de leur communauté religieuse et d'autre part, par les particularités liées à la manifestation de leurs croyances. Rappelons que la pleine réalisation de leurs droits et libertés fondamentaux comporte des spécificités découlant du fait qu'elles sont des femmes.

De plus, nous avons constaté que, pour les croyants, le libre exercice de leur religion est conditionné par le respect des normes religieuses de leur communauté. Ainsi, cet ordre normatif parallèle régira leurs comportements dans plusieurs sphères de leurs vies. Nous avons démontré que ces normes influencent en grande partie les pratiques de chacun des membres de la communauté en ce qui a trait à leurs relations familiales et personnelles. Par conséquent, pour jouir pleinement de leur liberté de religion, les femmes doivent être en mesure de manifester leurs croyances conformément aux prescriptions de ces normes lorsque cela ne va pas à l'encontre de l'ordre public. C'est le cas dans tous les aspects de leurs vies ce qui inclut donc tout ce qui touche au domaine du droit de la famille. Fort de ce constat, on peut se demander comment le Canada et les États-Unis prennent en compte cette réalité internormative et comment ils considèrent la normativité religieuse en droit positif.

II. REGARD SUR LA RÉCEPTION DE LA NORMATIVITÉ RELIGIEUSE AU CANADA ET AUX ÉTATS

UNIS: OBSERVATION DU DIVORCE RELIGIEUX

La diversité culturelle et religieuse s'accompagne d'une pluralité des ordres normatifs parallèles à l'ordre normatif étatique. Leur prise en considération par l'État, étant directement reliée à leur contexte sociopolitique respectif de même qu'à leur politique de gestion de la diversité, varie selon des facteurs demeurant aux frontières du champ d'étude du droit. Afin de bien saisir dans quel contexte la prise en compte des normativités religieuses s'inscrit, nous effectuerons un survol de la situation actuelle.

A. MISE EN CONTEXTE

L'adoption de lois de même que la mise en place de certaines mesures juridiques permettent une pleine réalisation des droits fondamentaux des individus appartenant aux communautés religieuses. Ces actions de l'État sont justifiées par plusieurs facteurs en marge du droit³⁰⁶. En particulier, on constate que le contexte sociopolitique influe grandement la gestion du fait religieux dans les sociétés occidentales. C'est dans cette perspective que sera dressé un portrait général des principaux phénomènes influençant la réception des normativités religieuses par la normativité étatique. Seront donc abordés ici, les thèmes de l'immigration et de ses impacts, du pluralisme et de la diversité de même que de la politique de gestion des minorités au Canada et aux États-Unis.

³⁰⁶ Pierre Noreau, « Référents religieux et rapports à la normativité », dans Jean-François Gaudreault-Desbiens dir, *Le droit, la religion et le raisonnable*, Montréal, Thémis, 2005, 383 à la p. 389 (Noreau) (L'auteur traite dans cet article de la relation entre ce qui se situe en « périphérie du droit » telles que le sont les sciences sociales et le droit positif).

1. LA MIGRATION DES POPULATIONS ET SES IMPACTS

On constate que l'ampleur de la migration des populations, déplaçant des individus issus des régions orientales, africaines et asiatiques vers les États occidentaux, accroît l'importance accordée à la gestion du phénomène religieux au cours des dernières années³⁰⁷. Ces nouveaux arrivants s'établissent le plus souvent dans des pays qui, traditionnellement, ne prônent pas leurs croyances religieuses. Bien qu'on ait pu observer, au cours du XXème siècle, dans la plupart des États occidentaux, un processus de sécularisation, il reste tout de même que leurs valeurs et traditions soient reliées à un certain héritage religieux³⁰⁸. De plus, il est important de mentionner que ces nations hébergeaient sur le territoire plusieurs minorités religieuses qui s'étaient installées bien avant que la migration des populations ne prenne une telle ampleur³⁰⁹. Conséquemment, l'arrivée massive d'individus aux croyances multiples, jumelée à la gestion des minorités religieuses déjà implantées au sein des nations occidentales ont amené les États à se repositionner sur la gestion du phénomène religieux chez eux. Le Canada et les États-Unis qui, il y a quelques années encore, devaient s'attarder à la simple relation entre la religion dominante, quelques minorités religieuses et le droit doivent désormais tenter de gérer une pluralité de croyances religieuses dans une société qui s'est sécularisée³¹⁰.

Par ailleurs, on observe, d'un point de vue tant juridique que sociologique, une certaine réticence à la réception de la manifestation des croyances dans la sphère publique. Cette tendance est particulièrement prononcée depuis la survenance d'actes terroristes à

³⁰⁷ Erica Howard, *Law and the Wearing of Religious Symbols*, London, Routledge, 2012, à la p. 2 (Erica Howard).

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ Guy Rocher, « L'évolution religieuse de la société québécoise », dans Jean-François Gaudreault-Desbiens dir, *Le droit, la religion et le « raisonnable »*, Montréal, Thémis, 2009, 31 à la p. 44 (Rocher).

³¹⁰ Scolnicov, *supra* note 53 à la p. 2.

New-York, Londres et Madrid notamment³¹¹. Puisque ces événements ont été associés à des individus qualifiés de «musulmans extrémistes», ils ont terni l'image de l'Islam en Occident³¹². De ce fait, ils ont engendré une réticence à l'égard des communautés musulmanes. Qui plus est, l'Islam est, aujourd'hui, la deuxième religion au monde en importance après le Christianisme³¹³, on comprend donc que ces adeptes ne passent pas inaperçus dans les États les accueillant. Puisqu'ils sont importants en nombre et qu'ils désirent se faire entendre, les communautés musulmanes n'hésitent pas à demander des accommodements aux États afin de permettre à ses membres de manifester leurs croyances³¹⁴. Malgré le fait que d'autres communautés religieuses formulent aussi de telles demandes³¹⁵, il n'en reste pas moins que pour les raisons précédemment énoncées, les requêtes émanant des musulmans semblent recevoir un moins bon écho³¹⁶.

Dans un autre ordre d'idées, on remarque qu'un autre phénomène ayant trait à la gestion de la diversité religieuse au sein des États se développe depuis quelque temps déjà; le réactivisme culturel³¹⁷. En effet, on assiste actuellement à une résurgence des

³¹¹ Erica Howard, *supra* note 307 à la p. 2.

³¹² *Ibid* à la p. 2.

³¹³ Peter Beyer, « From Far and Wide: Canadian Religious and Cultural Diversity in a Global/Local Context », dans Lori G. Beaman et Peter Beyer, dir, *Religion and Diversity in Canada*, Leiden et Boston, Brill, 2008, 9 à la p. 21 (Depuis 2001, l'Islam est aussi la deuxième religion la plus importante au Canada, après le Christianisme).

³¹⁴ *Ibid*.

³¹⁵ Gérard Bouchard et Charles Taylor « Fonder l'avenir; le temps de la conciliation » Québec, Rapport préparé Commission de consultation sur les pratiques d'accommodements reliées aux différences culturelles, 2008 (Voir par exemple à la p. 92 Outre les juifs et les musulmans, les adventistes du 7^{ème} jour de même que les témoins de Jéhovah sont parmi les plus demandant en matière de congé religieux au travail).

³¹⁶ Erica Howard, *supra* note 307 à la p.2 (Les demandes d'accommodements peuvent être perçue comme la démonstration du fait que les musulmans préfèrent se soumettre à leur système légal parallèle plutôt qu'au droit étatique en Occident).

³¹⁷ Multicultural Jurisdiction, *supra* note 9 aux p. 35-36 (L'auteure souligne d'ailleurs que les groupes faisant preuve d'une telle réaction sont souvent les plus enclins à faire des demandes quant à leur gestion).

mouvements religieux sur des territoires où la religion majoritaire occupe une place de plus en plus secondaire, voire inexistante, dans la culture nationale³¹⁸. Cela serait conditionné par le rejet, de la part des membres de communautés religieuses, de l'idée d'une société aux valeurs universelles véhiculées par la modernité à l'occidentale et par l'État-nation. Autrement dit, il semble que certaines communautés religieuses réagissent plus fortement à l'imposition des valeurs modernes et à la pression causée par l'homogénéité culturelle relative. De cela découle parfois un certain « repli » des minorités sur leurs valeurs identitaires. Évidemment, cette réaction n'a pas la même vigueur au sein de tous groupes religieux; les plus fondamentalistes y voient toutefois une justification à leurs agissements plutôt puristes. Il arrive ainsi que certaines minorités aient une propension à rejeter la culture majoritaire et à se concentrer sur leurs spécificités identitaires plutôt que de les partager avec la population. Par conséquent, on observe actuellement un repli des majorités et une tendance à rejeter les minorités, tout comme on peut noter le phénomène contraire³¹⁹. En fait, comme nous le constatons ici, cette véritable « réaction en chaîne » contribue à la réapparition de la religion dans la sphère publique, elle qui avait été confinée à la sphère privée avec l'avènement de l'État-nation³²⁰.

2. LE PLURALISME RELIGIEUX ET LES ÉTATS SÉCULIERS

Avec la mondialisation et l'augmentation de l'immigration, les sociétés modernes ont dû se repositionner quant à la gestion de la pluralité dans leur droit interne. Quelques régions

³¹⁸ Shmuel N. Eisenstadt, « The Resurgence of Religious Movements in Processes of Globalization-Beyond the End of History or the Clash of Civilisations », dans Mathias Koenig et Paul de Guchteneire dir., *Democracy and Human Rights in Multicultural Societies*, Hampshire et Burlington, UNCESO Publishing et Ashgate, 2007 à la p. 241 (Eisenstadt).

³¹⁹ Rocher, *supra* note 309 aux p. 45 et 46 (L'auteur souligne qu'on observe aussi la résurgence du phénomène religieux au Canada et aux États-Unis. Cela se manifeste particulièrement par la place de plus en plus importante qu'occupe les Églises évangélistes).

³²⁰ Eisenstadt, *supra* note 318 à la p. 241

du monde occidental, comme l'Europe, connaissaient déjà une diversité de croyances religieuses et un certain respect pour la liberté de religion depuis quelques siècles déjà³²¹. Néanmoins, il reste que la gestion de cette pluralité dans un contexte tout à fait séculier n'est qu'un phénomène récent. C'est ainsi que les États ont dû se pencher sur la gestion de cette diversité. Ils ont alors fait face à cette réalité pluraliste qui peut se définir en sociologie culturelle comme une « [f]ragmentation of culture into a set of subcultures demarcated by ethnic, linguistic, religious or other boundaries »³²². Ainsi, le pluralisme est un fait observable et celui-ci marque désormais les sociétés sécularisées.

En sociologie des religions, le concept de pluralisme peut être examiné sous trois grands axes. L'importance accordée à chacun d'entre eux déterminera la façon dont sera abordée la pluralité religieuse dans un État³²³. Plus spécifiquement, ces trois aspects sont: la tolérance religieuse, dénominalisation des minorités religieuses et la liberté de religion³²⁴. D'abord, la tolérance religieuse, réfère à une certaine acceptation de la diversité religieuse dans la sphère publique³²⁵. Ensuite, la dénominalisation des minorités religieuses vise plutôt la coexistence des diverses communautés religieuses sur le territoire d'un État et la reconnaissance de leur autorité parallèle sur les individus³²⁶. Finalement, la liberté de religion représente l'aspect individuel du modèle; elle se conçoit donc au niveau privé³²⁷. On observe que l'incidence de chacun de ces aspects par l'État déterminera la façon dont il gère la

³²¹ Ole Riis, « Mode of Religious Pluralism under Conditions of Globalization » dans Mathias Koenig et Paul de Guchteneire dir, *Democracy and Human Rights in Multicultural Societies*, Hampshire et Burlington, UNESCO Publishing et Ashgate, 2007 à la p. 258 (Riis).

³²² *Ibid* aux p 252 et 253 (L'auteur met en relief les différentes conceptions du pluralisme passant de la sociologie et de l'ethnologie au droit. Selon elle, le pluralisme en droit, au sens normatif, est marqué par la reconnaissance positive du pluralisme par l'État).

³²³ *Ibid* à la p. 254.

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ *Ibid.*

diversité religieuse présente sur son territoire : sera-t-elle reléguée à la sphère privée ou la manifestation de croyances religieuses sera acceptée dans la sphère publique?

Plus près de notre champ d'intérêt, on remarque que le droit s'est approprié la notion de pluralisme. La sociologie du droit y réfère comme « la nécessité de saisir le droit dans son rapport aux autres formes de régulation sociale »³²⁸. Cette approche permet donc « d'explorer les rapports d'influence existant entre les ordres juridiques, notamment l'ordre juridique étatique et les autres »³²⁹. Ainsi, pouvons-nous parler d'un pluralisme juridique.

On comprend que le pluralisme juridique est le fait de la mouvance des populations et de la mondialisation: ces phénomènes favorisent la pluralité des ordres juridiques sur le territoire de l'État. La diversité tant normative que culturelle, influe directement les politiques en matière de gestion des minorités culturelles et religieuses. Ainsi, il est pertinent de mettre en perspective les politiques des États ayant trait au pluralisme et à la gestion des minorités religieuses.

3. *REGARD SUR LA SITUATION DES ÉTATS ÉTUDIÉS: POLITIQUE ET DIVERSITÉ*

L'immigration explique en grande partie la réalité du pluralisme culturel aux États-Unis et au Canada³³⁰. Or, il reste que ce phénomène est d'abord le résultat de la présence de certaines minorités sur leur territoire; comme les communautés autochtones ou la minorité francophone au Canada, par exemple³³¹. C'est dans cette optique que Kymlicka qualifie ces États de polyethniques³³². De surcroît, il est important de souligner que l'existence de la

³²⁸ Noreau, *supra* note 306 à la p. 392.

³²⁹ Guy Rocher, « pour une sociologie des ordres juridiques » (1988) 29 *C. de D.* 91 à la p.116.

³³⁰ Kymlicka, *supra* note 41 à la p. 30

³³¹ *Ibid* à la p. 32

³³² *Ibid.*

minorité (nationale) québécoise fait de la nation canadienne un État dit « multinational »³³³. Cette double perspective du pluralisme culturel a conditionné l'adoption des politiques sur la gestion de la diversité culturelle, et par le fait même, religieuse. Ainsi, on remarque qu'avant la grande progression du phénomène migratoire, ces dernières étaient plutôt orientées sur l'assimilation. C'est au tournant des années 1970 que le Canada et les États-Unis ont laissé tombé cette orientation pour préconiser la polyethnicité³³⁴.

C'est dans ce contexte que s'est bâtie la théorie multiculturaliste qui vise à mettre en place une réelle égalité entre les citoyens d'un État et ce peu importe leur appartenance culturelle³³⁵. Cette approche politique implique que les États posent des actions positives afin de parvenir à cet objectif ultime³³⁶. Le multiculturalisme suppose donc que les citoyens d'un État sont culturellement différents et que la reconnaissance de ces différences demeure essentielle à l'établissement d'une réelle égalité³³⁷. Le multiculturalisme sous-tend à la fois un « principe d'égalité universelle »³³⁸ et l'établissement d'une « citoyenneté multiculturelle »³³⁹.

Afin de parvenir à ces objectifs d'égalité et de citoyenneté multiculturelle, Kymlicka propose de mettre en place des mesures de « protection externe³⁴⁰ ». Par cette action positive de l'État, les revendications émanant de groupes culturels ou religieux minoritaires devraient trouver écho. Ayant pour but de diminuer la vulnérabilité du groupe minoritaire évoluant au sein d'une culture majoritaire³⁴¹, il arrive néanmoins que certaines demandes

³³³ Kymlicka, *supra* note 41 à la p. 32.

³³⁴ *Ibid* à la p. 33

³³⁵ Milena Doytcheva, *Le multiculturalisme*, Paris, La Découverte, « Repères », 2011, aux p. 7 et 8.

³³⁶ *Ibid* à la p. 14 (Doytcheva).

³³⁷ *Ibid* à la p. 14.

³³⁸ Charles Taylor, *Multiculturalism and « The Politics of Recognition »*, Princeton, Princeton University Press, 1994 à la p. 57.

³³⁹ Kymlicka, *supra* note 41 à la p. 60.

³⁴⁰ *Ibid*.

³⁴¹ *Ibid* aux p. 60 et 62.

d'accommodement ne puissent se justifier auprès de l'État. Selon l'auteur, les revendications d'une minorité supposant un contrôle sur ces membres et qui limitent leur liberté, ce qu'il décrit comme étant des mesures de « contraintes internes ³⁴²», ne devraient pas recevoir satisfaction³⁴³.

Par ailleurs, les mesures de protection externe mises en place afin de remédier à la vulnérabilité culturelle de certains groupes dans les sociétés multiculturelles emportent leur lot de réflexion. On ne devrait pas avoir à « choisir » entre la protection de la particularité identitaire d'un groupe et la protection des membres qui le composent. C'est dans cet esprit que Ayelet Shachar se questionne quant à l'effet des accommodements sur les individus appartenant à une minorité religieuse: de telles mesures accordées à une communauté pourraient, selon elle, perpétuer certaines traditions ayant des effets néfastes sur la vie des croyants³⁴⁴. Néanmoins, il est important de garder à l'esprit que les individus appartenant à ces communautés religieuses restent des citoyens de l'État. Les droits civils découlant de ce seul statut de citoyen ne sauraient leur être déniés au profit des mesures de protection accordées afin de préserver l'identité de leur groupe³⁴⁵. On peut alors se demander comment serait-il possible de prendre en compte la double réalité des croyants.

Rappelons que les croyants sont régis par au moins deux ordres normatifs distincts: le juridique et le religieux. C'est dans cette optique que Pierre Bosset et Paul Eid suggèrent qu'un « dialogue internormatif ³⁴⁶» aurait avantage à être engagé afin d'arrimer les ordres parallèles à l'ordre normatif principal³⁴⁷. Cet exercice supposant la prise en compte de

³⁴² Kymlicka, *supra* note 41.

³⁴³ *Ibid* à la p. 68

³⁴⁴ Multicultural jurisdiction, *supra* note 9 aux p. 17 et ss.

³⁴⁵ *Ibid* aux p. 40-41.

³⁴⁶ Martha-Marie Kleinhans et Roderick MacDonald, « What is a Critical Legal Pluralism », (1997) 12 (2) *Revue canadienne Droit et société* 39.

³⁴⁷ Bosset et Eid, *supra* note 45 à la p. 12.

normes n'émanant pas directement du droit positif, pourrait alors constituer une réponse au dilemme internormatif de certains croyants. Plus particulièrement, on remarque que cela pourrait être profitable pour les membres vulnérables de certaines communautés tels que le sont, le plus souvent, les femmes. En ce qui a trait au droit de la famille par exemple, il s'avère que cette considération des normes religieuses permettrait une meilleure protection des droits des citoyennes (croyantes). C'est d'ailleurs ce que nous tenterons de démontrer dans cette deuxième partie.

B. ÉTUDE DU CADRE NORMATIF DES DIVORCES JUIFS ET MUSULMANS

Tant le judaïsme que l'islam prévoient des normes régissant le domaine du statut personnel et, par le fait même, le droit de la famille. Nous avons choisi de concentrer notre étude sur ces deux grandes religions car chacune d'elles possède des règles précises encadrant le divorce de leurs croyants³⁴⁸. De plus, tant les tribunaux canadiens que les tribunaux américains ont eu l'occasion de se pencher sur la question du divorce religieux tel qu'en témoignent d'importantes décisions nommément, *Bruker c. Marcovitz*³⁴⁹ au Canada et *Avitzur c. Avitzur*³⁵⁰ dans l'État de New-York aux États-Unis. Ayant été confronté, dans ces affaires, aux normes religieuses régissant la dissolution des unions, il serait essentiel d'en faire un survol. Cela nous permettra par la suite de cerner les enjeux relatifs à leur réception en droit positif. Seront donc examinées, dans cet ordre, les normes juives et les normes musulmanes qui régissent le divorce.

³⁴⁸ Ann Lacquer Estin, « Unofficial family law », dans Joel A. Nichols., *Marriage and Divorce in a Multicultural Context: Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law and Religion*, New York: Cambridge University Press, 2012, 92 à la p. 103 (Lacquer Estin) (Le christianisme et l'hindouisme ne prévoient pas de règles encadrant le divorce puisque la religion n'envisage pas cette possibilité de dissoudre le mariage).

³⁴⁹ *Bruker c. Markovitz* [2007] 3 R.C.S. 607 (*Bruker c. Markovitz*).

³⁵⁰ *Avitzur v. Avitzur*, 58 N.Y.2d. 108 (1983) (*Avitzur*).

Il est important de mentionner que nous tenterons de dresser un portrait général des mécanismes normatifs régissant le divorce dans la religion juive et dans la religion musulmane. Cet exposé du droit religieux ne prétend pas que ce soit exclusivement ces normes qui encadrent les divorces juifs et musulmans. En effet, il existe, au sein d'un même courant religieux, plusieurs écoles de pensées et donc plusieurs interprétations du dogme religieux et de ses prescriptions. De ce fait, les normes religieuses diffèrent parfois d'une école à une autre. Aux fins de notre étude cependant, les lois juives seront explorées en s'appuyant sur la doctrine du judaïsme orthodoxe³⁵¹. Quant au droit musulman, le survol des lois sera plus général et ne visera aucune école particulière. Cela est justifié par le fait que l'ordre normatif musulman « se présente aujourd'hui comme un *corpus juris* » et qu'il n'existe pas de différences fondamentales sur le divorce pour les différentes écoles aux yeux de certains auteurs tels que François-Paul Blanc³⁵². Nous soutiendrons cette approche pour les fins de ce propos bien que le droit musulman comporte des différences dans plusieurs domaines tels que le droit des successions³⁵³.

1. LE DIVORCE CHEZ LES JUIFS

La religion juive possède son propre système normatif et ce, depuis des siècles. Ses normes, régissant le statut personnel des croyants, prévoient certaines procédures quand vient le temps de dissoudre une union. C'est d'ailleurs en matière de divorce particulièrement qu'il est possible d'observer les profondes différences entre le droit « officiel ³⁵⁴ » et « non

³⁵¹ Sophie Régnière, *Une union proclamée au ciel*, Saint-Nicolas, Les Presses de l'Université Laval, 2002 à la p. 7 (L'auteure aborde le divorce juif en vertu des lois en fondant son étude sur la doctrine orthodoxe) (Régnière).

³⁵² François-Paul Blanc, *Le droit Musulman*, Paris, Dalloz, 2007 à la p. 5 (Blanc).

³⁵³ Michel Verwilghen, "Les problèmes juridiques soulevés par l'immigration musulmane", dans Jean Yves Carlier et Michel Verwilghen dir., *Le Statut personnel des musulmans*, Bruxelles, Bruylant, 1992, 21 à la p. 26.

³⁵⁴ Lacquer Estin, *supra* note 348 à la p. 100.

officiel³⁵⁵» et l'impact de la prise en compte de cette réalité internormative par l'État. Ainsi, seront examinées ici les normes encadrant le divorce juif.

a) Le get et ses effets

Lorsque les époux se marient en vertu des règles de la religion juive, ils contractent une « Ketubah »³⁵⁶. Il s'agit d'un contrat de mariage prévoyant, outre les obligations des époux, une clause de compensation matérielle en biens ou en argent en cas de divorce en faveur de la femme³⁵⁷. Bien que le terme Ketubah fasse référence au document écrit, soit le contrat, il est courant d'utiliser ce mot pour désigner la dot prévue dans ce même contrat³⁵⁸. Ainsi, lors du divorce, on peut dire que l'ex épouse aura le droit de réclamer la Ketubah et de récupérer ses biens³⁵⁹.

Dans la religion juive, l'action consistant à dissoudre le mariage est dénommée « get »³⁶⁰. En général, seul l'époux peut en faire la demande, ce qui confère la femme à une plus position précaire dans le mariage³⁶¹. Bien que le tribunal rabbinique, le « Beth Din », soit chargé de rendre le divorce³⁶², il reste que sa compétence en la matière demeure quelque peu limitée. En effet, le tribunal ne peut obliger les époux à divorcer si l'homme n'a pas

³⁵⁵ Lacquer Estin, *supra* note 348 à la p. 100.

³⁵⁶ Régnière, *supra* note 351 à la p.90.

³⁵⁷ *Ibid* à la p. 91.

³⁵⁸ *Ibid*.

³⁵⁹ Gabrielle Atlan, *Les Juifs et le divorce*, Bern, Peter Lang, 2002 à la p. 80 (Atlan) (Selon l'auteure, la femme pourrait percevoir ce qui lui est dû, conformément à la Ketubah, seulement si elle « n'a commis aucune faute susceptible de lui faire perdre ses droits »).

³⁶⁰ *Ibid* aux p. 53 et 54 (La possibilité de divorcer dans la tradition rabbinique est précisément exposée dans les passages suivants *Deutéronome* 24, 1-4, *Isaïe* 50, 1 et *Jérémie* 3, 8).

³⁶¹ *Ibid* aux p. 63 et 68 (Malgré le fait qu'aucun texte religieux ne prévoit, pour la femme, la possibilité de demander le divorce, il semblerait qu'avec la permission du tribunal rabbinique, il pourrait avoir exception dans certaines circonstances).

³⁶² Matthjis De Blois, « Jewish family law and secular legal orders: the example of get refusal », dans Jane Mair et Esin Orucu dir, *The Place of Religion in Family Law: A Comparative Search*, Cambridge, Intersentia, 2011, 207 à la p. 210 (De Blois) et Atlan, *supra* note 358 à la p. 68.

formulé telle intention³⁶³: « cet acte doit être réalisé librement et sans contraintes d'aucune sorte au risque d'invalidier le get³⁶⁴ ». Un get forcé ne dissoudrait pas les liens du mariage et serait ainsi qualifié de « get me'useh » autrement dit d'un get invalide³⁶⁵.

Bref, le divorce juif se concrétise lorsque, devant le tribunal rabbinique, l'époux remet à sa femme « la lettre de rupture »³⁶⁶, dûment préparée, annonçant la dissolution de l'union³⁶⁷. Son épouse se devant « de recevoir » cette répudiation, le get sera effectif au moment de son acceptation officielle³⁶⁸. Une fois cette procédure de divorce terminée, les parties ne seront plus liées par les liens du mariage religieux. Conséquemment, un get valide permettra aux ex-époux de se remarier sous la religion juive et de donner naissance à des enfants qui feront ipso facto partie de la communauté.

b) Divorce civil, mariage religieux : les conséquences du déni de get

Dans le cas où une femme n'obtient pas le get elle demeure liée à son mari par les liens du mariage religieux³⁶⁹. Elle devient ainsi, aux yeux de la communauté une « aghunah », c'est-à-dire une femme enchaînée à sa relation³⁷⁰. Elle ne peut alors se remarier selon les préceptes de la religion juive³⁷¹. De ce fait, si elle décide de refaire sa vie, sa nouvelle relation sera considérée comme une union « hors mariage », ou autrement dit,

³⁶³ De Blois, *supra* note 362 à la p. 210.

³⁶⁴ Atlan, *supra* note 359 à la p. 68.

³⁶⁵ De Blois, *supra* note 362 à la p. 210.

³⁶⁶ Atlan, *supra* note 359 à la p. 54.

³⁶⁷ De Blois, *supra* note 362 à la p. 211.

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ Lacquer Estin, *supra* note 348 à la p. 104 et Adrienne Barnett « Getting a get – The Limits of Law Authority ? », (2000) 8 Feminist Legal Studies 241, 243.

³⁷⁰ *Ibid.*

³⁷¹ *Ibid.*

comme une relation d'adultère³⁷². Par ailleurs, si des enfants naissent de cette union, ces derniers seront considérés comme des « mamzerims »³⁷³. Ils seront, de ce fait, certainement stigmatisés par la communauté. De plus, en vertu des lois juives, les mamzerims n'auront pas la pleine capacité juridique³⁷⁴. Enfin, concernant les conséquences matérielles du divorce (dénié), il est évident qu'aucune compensation ne sera versée à la femme, tel que prévu par la Ketubah, puisque le get lui aura été refusé.

On remarque que les conséquences de cet état de faits semblent moins importantes pour le mari qui resterait « enchaîné ». En effet, il ne sera généralement pas possible pour l'homme de se remarier sous la religion juive. Cependant, s'il décide d'entretenir un autre type de relation, comme une « union de fait », il ne sera pas discriminé par sa communauté³⁷⁵. De même, les enfants issus de cette union ne seront pas considérés comme des mamzerims³⁷⁶.

On constate que les conséquences du déni du get pour les femmes demeurent lourdes. Bien qu'elles puissent présenter une demande de divorce devant les tribunaux dans les États ayant institué une forme civile de dissolution du mariage, il reste qu'elles demeurent liées à leur ex-époux en vertu de la loi juive. Par conséquent, il semble que certains hommes utilisent le get afin de marchander certains « avantages » relatifs au divorce des époux. En droit américain, on a pu constater que ces derniers réclamaient parfois, en échange de la

³⁷² De Blois, *supra* note 362 à la p. 211.

³⁷³ De Blois, *supra* note 362 à la p. 211 (Ce terme désigne les enfants nés de l'adultère ou de l'inceste).

³⁷⁴ *Ibid* et Lisa Fishbayn, « Gender multiculturalism and dialogue : the case of jewish divorce » (2008) 21 Can J.L. & Juris 71 au par 25 (Lisa Fishbayn).

³⁷⁵ De Blois, *supra* note 362 à la p. 212.

³⁷⁶ *Ibid*.

dissolution de l'union, la garde des enfants ou même la propriété de certains biens acquis durant le mariage³⁷⁷.

Bien que dans certaines circonstances, il soit possible d'accorder le get à la demande de l'épouse, ces situations demeurent exceptionnelles³⁷⁸. Dans les autres cas, la femme devra se tourner vers les tribunaux étatiques qui ne lui accorderont que le divorce civil. C'est dans cette perspective qu'il est particulièrement important de prendre en compte la réalité à laquelle sont confrontées ces femmes juives à qui le get n'a pas été accordé. Tout comme certaines femmes musulmanes le divorce des ces croyantes est régi par deux systèmes normatifs bien distincts; le juridique et le religieux.

2. LE DIVORCE CHEZ LES MUSULMANS

Comme le judaïsme, l'Islam est une religion aux sources multiples et complexes. Le droit musulman émane à la fois du Coran, la parole de Dieu, et de la Sunna, l'exemple du prophète, qui forment conjointement la Charia³⁷⁹. Bien que l'Islam comporte plusieurs écoles de pensées, nommément l'école sunnite et l'école shiite, il reste que les règles régissant le statut personnel diffèrent que très peu dans la religion musulmane³⁸⁰. À cet égard, les principales différences se situeraient dans l'application des solutions juridiques plutôt que

³⁷⁷ Joel A. Nichols, « Multi-tiered marriage: reconsidering the boundaries of civil law and religion », dans Joel A. Nichols dir, *Marriage and Divorce in a Multicultural Context Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law and Religion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012 à la p. 27 (Nichols) (L'auteur donne l'exemple d'une femme qui, en échange du get, a dû hypothéquer sa maison afin de payer les 120 000\$ réclamés par son ex-mari en plus de s'engager à n'entamer aucune poursuite contre ce dernier et ce même s'il abusait sexuellement de leur fille).

³⁷⁸ Lisa FishBayn, *supra* note 374 aux par 22 et 23.

³⁷⁹ Javaid Rehman, « The Sharia, Islamic family Law and International Human Rights Law : Examining the Theory and Practif of Polygamy and Talaq », (2007) 21 *Intrenational Journal of Law, Policy and the family* 108 aux p. 110-111 (Rehman); Blanc, *supra* note 352 à la p. 3

³⁷⁹ *Ibid* à la p. 5.

³⁸⁰ *Ibid* à la p. 6.

dans les fondements du droit (musulman)³⁸¹. Comme Michel Verwilghen le souligne, les principes de la doctrine musulmane et la difficulté résidant en la transposition de ces principes anciens dans la modernité entraînent « l'existence de certaines zones d'ombres, d'incertitudes (...) »³⁸². Ce faisant, nous constatons toutes les écoles prévoient la possibilité pour les époux de divorcer, mais en pratique certaines solutions divergent d'une école à une autre. Pour les fins de ce propos, nous nous concentrerons les diverses formes de divorce prévues par le droit musulman et leurs effets respectifs.

a) Le divorce musulman et ses effets

En droit musulman, lors du mariage, l'époux s'engage à verser une dot à son épouse. En général, le divorce se somme par la remise de cette dot, le « mahr », qui est convenue dans le contrat de mariage des époux³⁸³. Le mahr vise à couvrir le coût de la vie des « jours moins heureux » pour les femmes divorcées³⁸⁴. Cependant, il existe quelques exceptions à l'obligation de remettre la dot. Cela dépendra du type de divorce qui mènera à la dissolution de l'union. C'est dans cette perspective que sera effectuée une étude des formes de divorce prévues par la religion musulmane.

i. Le talaq

La Charia prévoit le droit pour l'époux de proclamer unilatéralement le divorce. Cette répudiation de la femme musulmane, appelée « talaq³⁸⁵ », permet au mari de dissoudre le mariage et ce, sans le consentement préalable de son épouse. Pour ce faire, il n'a qu'à prononcer le mot talaq à trois reprises et l'union sera aussitôt dissoute au regard de la loi

³⁸¹ Blanc, *supra* note 352 à la p. 6.

³⁸² Michel Verwilghen, *supra* note 353 à la p.26.

³⁸³ Blanc, *supra* note 352 aux p. 46 et 72.

³⁸⁴ Pascale Fournier, «The (Canadian) Shadow of Islamic Law : translating Mahr as a Bargaining Endowment », (2006) 44 Osgoode Hall L-J 649 au par 26 (Pascale Fournier); Asaf A.A. Fyzee, *Outlines of Muhammadan Law*, Delhi, Oxford University Press, 4th ed, 1974 à la p.131.

³⁸⁵ Blanc, *supra* note 352 à la p. 63.

islamique³⁸⁶. Cette action serait réservée au mari, il serait, en principe, impossible pour une femme d'entreprendre la même démarche dans les mêmes conditions³⁸⁷. Ne pouvant dissoudre l'union unilatéralement, elle pourra toutefois demander le divorce moyennant certains inconvénients.

ii. Le Khul et le Faskh : les divorces à la demande des femmes

Le khul et le Faskh sont deux formes de divorce musulman permettant aux femmes de demander la dissolution de leur union. Dans le cas du Faskh, la demande doit obligatoirement être présentée au « *cadi* ³⁸⁸ », c'est à dire le tribunal musulman rendant des décisions en vertu de la Charia³⁸⁹. Pour ce qui est du khul, de telles conditions ne sont pas nécessaires. Malgré tout, il est possible pour le *cadi* d'entendre une demande de khul dans certains cas afin consacrer la dissolution de l'union ou de régler certaines questions litigieuses³⁹⁰.

- *Le khul :*

La première forme de divorce, le khul, ne nécessite pas la survenance d'une faute quelconque de la part du mari. Pour divorcer, la femme doit d'abord obtenir le consentement de son mari qui, la plupart du temps, demeure conditionnel à la

³⁸⁶ Pascale Fournier, *supra* note 384 au par 25.

³⁸⁷ *Ibid.*

³⁸⁸ Pascale Fournier, « Calculating the claims : Jewish and Muslim women navigating religion, economics and law in Canada » (2012) 8 International Journal of Law in Context, 47 à la p. 56 (Calculating claims); (L'auteure souligne que suite à certaines études, notamment celle de Marion Boyd et de Julie Macfarlane, on a constaté que la plupart du temps, au Canada, l'Imam remplacent les Cadis et rendent des décisions juridiques).

³⁸⁹ *Ibid* à la p. 55.

³⁹⁰ *Ibid* et Pascale Fournier, *supra* note 384 au par. 29.

renonciation au mahr³⁹¹. Il s'agit, en fait, d'une façon pour les femmes d'acheter la paix, ou plutôt la liberté. Cependant, ce marchandage n'implique pas de facto la perte du mahr en échange du divorce. En effet, divers types de compensations peuvent être octroyées pour arriver à cette fin. Cela va du remboursement complet de la dot qui serait déjà versée à la remise d'une importante somme d'argent ou de biens précieux³⁹². Peu importe la prestation exigée, une fois « l'entente » conclue et homologuée, l'union est dissoute et les ex-époux demeurent libres de se remarier³⁹³.

- *Le faskh* :

Le Faskh, quant à lui, est une forme de divorce judiciaire (devant les tribunaux religieux) qui permet à la femme de demander le divorce en cas de « faute »³⁹⁴. Beaucoup plus difficile à obtenir, il reste que cette option demeure toujours disponible, et ce, malgré une mésentente entre les époux sur l'octroi du khul. Il s'agit du « filet de sécurité » des femmes musulmanes désirant divorcer à tout prix. Contrairement au khul, cette forme de dissolution de l'union ne conditionne pas l'octroi du divorce à la renonciation aux compensations octroyées à la femme³⁹⁵.

Le faskh peut être accordé par le cadī, lorsque l'épouse en fait la demande et ce, dans certains cas seulement. Pour ce faire, la femme doit démontrer que le

³⁹¹ Lacquer Estin, *supra* note 348 à la p. 107.

³⁹² Blanc, *supra* note 352 à la p. 75.

³⁹³ *Ibid.*

³⁹⁴ Pascale Fournier, *supra* note 384 par 33 et 34.

³⁹⁵ Blanc, *supra* note 351 aux p. 78 et 79 (il est important de noter toutefois que la dot ne sera accordée à la femme que si le mariage a été consommé et si la faute à la source de la demande de divorce n'est pas imputable à l'épouse (ce qui pourrait être le cas si elle commettait l'adultère par exemple)).

contrat de mariage a été vicié ou qu'une faute a été commise par son mari³⁹⁶. À titre d'exemple, on note que la maladie grave du conjoint ou le manquement aux obligations du mariage de la part du mari peuvent être considérées comme des situations justifiant un divorce³⁹⁷. De surcroît, le *cadi* a le pouvoir de prononcer d'office la dissolution de l'union d'office dans certaines situations exceptionnelles notamment en cas d'absence³⁹⁸ ou d'abus de l'autorité maritale³⁹⁹. Une fois le divorce consacré par le *cadi*, les ex-époux seront libres de se remarier, non sans conséquences sociales⁴⁰⁰.

b) Divorce civil, mariage religieux

Un divorce musulman n'est pas synonyme de divorce civil et vice et versa. Tel que Ann Lacquer Estin le mentionne: « as the state does not recognize a religious divorce, the religious community does not recognize a civil divorce as ending a religious marriage⁴⁰¹ ». Pour cette raison, la réalité des femmes croyantes se retrouve parfois décalée; pendant que leur divorce reste effectif au niveau juridique, il se peut que ces dernières demeurent tout de même mariées religieusement. En résulte donc un choc entre l'ordre normatif religieux et l'ordre normatif étatique. D'ailleurs, c'est en réaction à ce « choc » que la demande de mise en place de tribunaux musulmans a été formulée⁴⁰². Pour les auteurs de la réclamation,

³⁹⁶ Pascale Fournier, *supra* note 384 au par 34.

³⁹⁷ Blanc, *supra* note 352 aux p. 78 et ss.

³⁹⁸ Au sens où le droit des personnes physiques entend le terme « absent » (voir par exemple l'article 84 du *Code Civil du Québec*).

³⁹⁹ Blanc, *supra* note 352 aux p.82 et 83 (L'auteur mentionne que peuvent être à la source de la dissolution d'office; l'absence et de l'abus de l'autorité maritale, le dissentiment grave entre conjoints et la contestation du montant de la dot).

⁴⁰⁰ Julie Macfalarne, « Understanding Trend in American divorce and mariage : A Discussion Guide for Families and Communities », Clinton, Institute for Social Policy and Understanding, Rapport Janvier 2012, à la p. 38 (Julie Macfalarne); (il est assez mal vu dans le communauté musulmane d'être une femme célibataire, ce jugement s'accroît lorsqu'en plus d'être célibataire, une femme est divorcée).

⁴⁰¹ Lacquer Estin, *supra* note 348 à la p. 104.

⁴⁰² *Ibid* p. 107.

puisque le droit positif ne pouvait pas toujours répondre à leur réalité, l'arbitrage religieux apparaissait comme une solution possible. On conçoit aisément que, d'une certaine façon, par l'implantation d'un tel mode alternatif de résolution de conflits en matière de divorce, on aurait permis d'incorporer une certaine normativité religieuse dans l'ordre juridique étatique. Bien que cette solution puisse paraître alléchante, afin de faciliter les procédures en divorce des croyantes, la mise en place d'une telle structure ne leur servirait point. C'est ce que nous démontrerons d'ailleurs ici. Seront aussi abordés les effets du déni de divorce en droit musulman. De même, une illustration des impacts de la cohabitation des ordres normatifs au sein des États séculiers sera effectuée par l'observation de la demande croissante pour la mise en place d'un « arbitrage religieux » en matière de droit de la famille.

i. Le déni de divorce en droit musulman;

Le déni du divorce musulman engendre, pour les femmes croyantes, l'impossibilité de se remarier selon les préceptes de l'Islam⁴⁰³. Puisqu'il est rare que les femmes puissent divorcer de leur propre volonté⁴⁰⁴, elles doivent s'en remettre, la plupart du temps, à la « bonne volonté » de leur mari⁴⁰⁵. Toutefois, certains hommes demeurent plutôt réticents à accorder le divorce à leur femme; non seulement ils perdront leur partenaire mais ils se verront dans l'obligation de leur verser le mahr⁴⁰⁶. Par conséquent, le déni de divorce peut s'avérer une avenue intéressante pour les hommes mariés ne désirant pas exécuter l'obligation à laquelle ils sont tenus. Refusant d'accorder le talaq, ces derniers pourraient

⁴⁰³ Pascale Fournier, Aida Setrakian et Pascal McDougall, « No-Fault Talaq : Islamic Divorce in Canadian Immigration and Family Law », dans Jørgen S. Nielsen, Werner Menski & Rubya Mehdi dir, *Interpreting Divorce Law in Islam*, Compenhague, DJØF Publishing, 2012, 235 aux p. 249 et 250 (Fournier Setrakian et McDougall).

⁴⁰⁴ Pascale Fournier, *supra* note 384 aux par 29 à 34 (L'auteure souligne que bien qu'il soit possible pour les femmes de demander le khul ou le faskh, cela est moins fréquent puisque ces demandes sont parfois lourdes de conséquences en tout genre).

⁴⁰⁵ *Ibid* au par 26.

⁴⁰⁶ *Ibid* au par 26 et 32.

néanmoins changer d'avis si leur épouse leur demandait le khul⁴⁰⁷. Ce faisant, ils pourraient être tentés de négocier la compensation accordée à leur ex-épouse; la femme qui désire divorcer à tout prix pourrait accepter d'y renoncer.

Il a été démontré que certains hommes utilisent le talaq comme monnaie d'échange dans le dessein de faire chanter leur épouse lors de leur divorce civil⁴⁰⁸. Dans une étude de terrain menée auprès des femmes issues de communautés musulmanes, Pascale Fournier, Aida Setrakian et Pascal McDougall ont relevé de nombreux exemples de ce genre de « marchandage ». En entrevue avec des femmes musulmanes ayant obtenu le divorce civil, les auteures ont constaté que certaines d'entre elles s'étaient résignées à renoncer à leur pension pour ex-conjoint, d'autres avaient dû faire des concessions quant au partage des biens pour arriver à leurs fins⁴⁰⁹.

On constate que pour certains époux, il paraît plus important de respecter le droit musulman que le droit civil⁴¹⁰. Comme les cours de justice des États séculiers ne sont pas compétentes en la matière, ils s'en remettent, le plus souvent, aux décisions du cadi⁴¹¹. Ainsi, bien que vivant au Canada ou aux États-Unis, certaines femmes n'entrevoient pas la possibilité de demander un divorce à l'extérieur de leur communauté⁴¹². Ce faisant, elles auraient plutôt l'impression de déroger aux normes religieuses auxquelles elles sont soumises⁴¹³. Non seulement la demande d'un divorce religieux s'avère ardue pour elles, mais elle peut aussi entraîner de grands risques; une demande de khul, par exemple, emporte le plus souvent des conséquences pécuniaires telles que la perte du mahr et des

⁴⁰⁷ Pascale Fournier, *supra* note 384 au par 31.

⁴⁰⁸ Fournier, Setrakian et McDougall, *supra* note 403 à la p. 250.

⁴⁰⁹ *Ibid.*

⁴¹⁰ *Ibid* à la p. 247.

⁴¹¹ Lacquer Estin, *supra* note 348 aux p. 107 et 108.

⁴¹² New Dilemmas, *supra* note 284 à la p. 123.

⁴¹³ *Ibid.*

conséquences sociales comme l'ostracisme des demanderesses au sein de leur communauté⁴¹⁴. Risquant de se retrouver dans une situation économique précaire, les femmes demeurent donc particulièrement vulnérables en de telles circonstances. C'est dans l'objectif de réduire la vulnérabilité de ces dernières que la question de l'arbitrage religieux en matière de droit de la famille a fait l'objet d'une étude au Canada dans les années 2000⁴¹⁵.

ii. *L'affaire de l'arbitrage religieux au Canada: une illustration de l'importance du système normatif religieux*

En Ontario, le *Arbitration Act*⁴¹⁶ encadre l'arbitrage comme mode alternatif de résolution de conflit depuis 1991. Or, jusqu'en 2006, cette loi permettait aux parties de choisir les lois en vertu desquelles un litige serait arbitré et ce dans tous les domaines de droit. De ce fait, il était possible pour un arbitre de régler un conflit en fonction du droit religieux par exemple. Cette pratique était courante en matière de droit de la famille chez certaines communautés religieuses, notamment chez les juifs orthodoxes et chez les chrétiens⁴¹⁷. Désormais, en ce domaine du droit, les parties ne peuvent plus choisir les lois en fonction desquelles les conflits seront arbitrés. En effet, l'article 2.2 de l'*Arbitration Act*, adopté en 2006, édicte que:

«When a decision about a matter described in clause (a) of the definition of “family arbitration” in section 1 is made by a third person in a process that is not conducted

⁴¹⁴ Pascale Fournier, *supra* note 384 au par. 31.

⁴¹⁵ Natacha Bakht, « Were Muslims barbarians really knocking on the Gate of Ontario?: The Religious Arbitration », *Revue de droit d'Ottawa*, (2006) 67 au par 5 et 6 (Bakht); Marion Boyd, « Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusion », Ontario Ministry of the Attorney General, 20 décembre 2004, à la p. 4 en ligne : www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/ (Boyd).

⁴¹⁶ Arbitration Act, 1991, S.O. 1991, c. 17 (Arbitration Act).

⁴¹⁷ Boyd, *supra* note 415 à la p. 46.

exclusively in accordance with the law of Ontario or of another Canadian jurisdiction,

(a) the process is not a family arbitration; and

(b) the decision is not a family arbitration award and has no legal effect. 2006, c. 1, s. 1 (2)»⁴¹⁸.

Cette modification de l'*Arbitration Act* est en fait une répercussion du rapport Boyd rendu en 2004 suite à certains événements. Cette étude avait été commandée par le gouvernement ontarien lorsque le Islamic Institute of Civil Justice avait signifié son intention de mettre en place des tribunaux d'arbitrage familial fondés sur les préceptes de la Charia⁴¹⁹. Bien que ce type d'institution ait déjà été bien établi dans la communauté juive en Ontario, l'implantation de tels tribunaux au sein de la communauté musulmane avait soulevé l'émoi auprès de la population⁴²⁰. C'est dans ce contexte, suite à la pression de groupes de femmes, que le gouvernement a d'abord consulté son Ministre de la justice et sa Ministre de la condition féminine afin de se positionner sur la question au cours de l'année 2004. Il a ensuite mandaté la Procureure en chef Marion Boyd de produire un rapport ayant pour objectif d'évaluer « l'impact que pourrait avoir le recours à l'arbitrage (religieux en matière familiale) sur les personnes vulnérables »⁴²¹.

Dans son rapport, Mme Boyd a déterminé que malgré le fait que la privatisation de la justice en matière de droit de la famille comporte ses risques, la province d'Ontario devrait

⁴¹⁸ *Arbitration Act*, *supra* note 413 art 2.2 (Il est important de noter que, au Québec, l'article 2369 du Code civil interdit l'arbitrage en matière familial et en matière de succession).

⁴¹⁹ Bakht, *supra* note 415 au par 1.

⁴²⁰ Bakht, *supra* note 415 au par 2 (le titre de cet article reprend d'ailleurs ce que les médias rapportaient alors à propos des tribunaux religieux. Ils se questionnaient quant à l'arrivée du fondamentalisme religieux en droit canadien et affirmaient alors : « Muslims barbarians knocking on the gates of Ontario »).

⁴²¹ Boyd, *supra* note 415 à la p. 5.

encadrer ce mode alternatif de résolution de conflits mais non son interdiction⁴²². Par ailleurs, elle a exposé que traditionnellement, les communautés musulmanes en minorité dans un État, s'en remettaient à leurs propres normes en matière de droit de la famille et ce, même si elles étaient en mesure de soumettre ces questions aux tribunaux civils⁴²³. En effet, en comparant les habitudes quant aux résolutions de conflits en matière de droit de la famille de certaines communautés musulmanes en France, en Angleterre et en Allemagne, Mme Boyd a démontré que si le droit religieux n'est pas reçu par le droit étatique, ces communautés risquent de s'en remettre à leur système de justice (parallèle). Cela s'explique certainement par le fait que le respect des normes religieuses est d'importance capitale pour les croyants.

En 2005, pour faire suite au rapport, le Premier Ministre McGuinty a pris la décision d'imposer le droit étatique comme choix de lois dans les arbitrages privés familiaux⁴²⁴. Ainsi, l'arbitrage en droit de la famille demeure permis mais il est désormais impossible pour les parties de déterminer les normes auxquelles ils désirent être soumis. Bref, seules les lois de la province d'Ontario ou du Parlement fédéral peuvent trouver application, ce qui exclu donc les normes religieuses⁴²⁵.

On comprend qu'en interdisant l'arbitrage fondé sur des règles religieuses, le gouvernement a perdu l'opportunité de superviser ce qui s'y fait et a contribué à la continuité au renforcement d'une justice en parallèle avec le système de justice canadien⁴²⁶. Il est important de réaliser que les membres les plus vulnérables des communautés religieuses, les femmes, demeurent soumis aux normes religieuses, et ce, malgré les modifications

⁴²² Boyd, *supra* note 415 à la p. 144.

⁴²³ *Ibid* aux p. 90 et 91.

⁴²⁴ Nichols, *supra* note 377 à la p. 57.

⁴²⁵ *Ibid* (En vertu de l'article 32 de l'*Arbitration Act* SO 1991 c-17, il est possible pour les parties de désigner que les lois d'une autre province canadienne seront applicables).

⁴²⁶ New Dilemmas, *supra* note 284 à la p. 124.

apportées aux articles 2.1 et 2.2 de l'*Arbitration Act*⁴²⁷. Dans les faits, elles n'auront pas toujours la possibilité de recourir au système civil pour régler des conflits en matière de droit de la famille, particulièrement dans les affaires de divorce⁴²⁸. L'arbitrage religieux, eut-il été très encadré, aurait certainement permis à l'ordre normatif religieux de cohabiter avec l'ordre normatif étatique, mais à quel prix?

Ainsi, comme nous l'avons démontré, en matière de divorce, les époux de confession juive et musulmane sont confrontés aux solutions établies par deux systèmes normatifs bien différents. L'importance de la considération de la normativité religieuse en matière de divorce pour les femmes croyantes ne peut être déniée. Peu importe l'origine (religieuse) des normes auxquelles elles sont soumises, il reste que les situations impliquant un chevauchement des normativités auxquelles ces croyantes peuvent faire face soulèvent de grands questionnements. Comme Ayelet Shachar le souligne:

« (...) While their multiple affiliations might offer religious women a significant source of meaning and value, they may also make them vulnerable to a double or triple disadvantage, espacailly in a legal system that categorically denies cooperation between their overlapping sources of obligation ⁴²⁹ ».

C'est dans cette optique qu'il sera intéressant d'observer comment les systèmes légaux américains et canadiens approchent le phénomène d'internormativité. On peut ainsi se demander, comment les normes religieuses sont-elles reçues par le droit?

⁴²⁷ New Dilemmas, *supra* note 284 à la p. 124.

⁴²⁸ Eli Walker, « Don't Throw Out my Baby! Why Dalton McGuinty Was Wrong to Reject Family Based Arbitration », (2006) 11 Appeal 94 au par 16; New Dilemmas, *supra* note 342 à la p. 124.

⁴²⁹ New Dilemmas, *supra* note 284 à la p. 124.

C. LA GESTION DE LA RÉALITÉ INTERNORMATIVE PAR LES ÉTATS

Les impacts de la cohabitation entre le juridique et les ordres normatifs parallèles ne pouvant être ignorés par les États, il demeure important de considérer ce rapport internormatif afin de régler certaines impasses en droit. Tel est le cas des femmes croyantes désirant dissoudre leur mariage; elles sont à la fois confrontées en cette matière aux règles issues du droit et aux règles issues de la religion. Afin de permettre une meilleure réalisation de leurs droits fondamentaux, dont le droit à l'égalité et la liberté de religion, les États devraient être en mesure de développer des approches juridiques permettant la prise en compte des normes religieuses en matière de divorce. C'est dans cette perspective que sera examinée ici la façon dont le Canada et l'État de New York ont tenté d'aborder le phénomène normatif religieux dans cette situation particulière. Il sera d'abord question de leur approche législative pour ensuite traiter de leur approche judiciaire.

1. APPROCHE LÉGISLATIVE

D'entrée de jeu, il est important de mentionner que le Canada et les États-Unis étant des États fédéraux, la compétence de légiférer en matière de divorce demeure soumise au partage des compétences⁴³⁰. La capacité d'adopter des lois en matière de divorce de l'un ou de l'autre des ordres de gouvernements est directement conditionnée par des motifs constitutionnels propres à chaque État.

Au Canada, la compétence de légiférer en matière de divorce est attribuée au fédéral⁴³¹, tandis qu'aux États-Unis, ce sujet est traité localement, par chaque État⁴³². On

⁴³⁰ George Anderson, *Le fédéralisme : une introduction*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2010 à la p. x.

⁴³¹ Mireille D. Castilli et Dominique Goubeau, *Le droit de la famille au Québec*, Québec, Les presses de l'Université Laval, 2006 à la p. 437

comprend alors que le régime législatif sur le sujet est plus unitaire dans le premier État que dans le second. Ainsi, la *Loi sur le divorce*⁴³³, une loi fédérale, s'applique à chaque individu souhaitant dissoudre un mariage au Canada, tandis que aux États-Unis, la législation de chacun des États américains est applicable en matière de divorce. Bien que la *Loi sur le divorce* traite, à son article 21.1⁴³⁴, de la réalité internormative, il n'en est pas de même pour tous les États américains. En effet, à l'heure actuelle, seul l'État de New-York semble avoir pris en compte, d'un point de vue législatif, le problème émanant du décalage entre les normes juridiques et les normes religieuses en matière de divorce, tel qu'en témoigne l'adoption du « *get statute* »⁴³⁵. Pour ces raisons, notre champ d'études de l'approche législative en matière de gestion de la réalité internormative se restreindra à l'analyse des deux textes de loi précédemment mentionnés soit la *Loi sur le divorce* et le *Get Statute*.

a) Regard sur l'article 21.1 de la *Loi sur le Divorce*

L'article 21.1 de la *Loi sur le divorce* édicte que :

« (2) Dans le cas d'une action engagée sous le régime de la présente loi, un époux (appelé « signataire » au présent article) peut signifier à l'autre époux et déposer auprès du tribunal un affidavit donnant les renseignements suivants:

a) l'indication du fait que l'autre époux est l'époux du signataire;

b) la date et le lieu de la célébration du mariage, ainsi que la qualité officielle du célébrant;

⁴³² Homer H. Clark Jr, *The law of Domestic Relations in the United States*, St-Paul, West Pub. Co., 1988 à la p. 31.

⁴³³ *Loi sur le divorce*, LRC 1985, c.3 (2^{ème} supp.) (Loi sur le divorce).

⁴³⁴ *Ibid* article 21.1.

⁴³⁵ *Get statute*, Domestic Relations Law § 253 (D.R.L.).

c) la nature de tout obstacle, dont la suppression dépend de l'autre époux, au remariage du signataire au sein de sa religion;

d) l'indication du fait que le signataire a supprimé, ou a signifié son intention de supprimer, tout obstacle, dont la suppression dépend de lui, au remariage de l'autre époux au sein de sa religion, ainsi que la date et les circonstances de la suppression ou de la signification;

e) l'indication du fait que le signataire a demandé, par écrit, à l'autre époux de supprimer tout obstacle à son remariage au sein de sa religion lorsque cette suppression dépend de ce dernier;

f) la date de la demande visée à l'alinéa e);

g) l'indication du fait que, malgré la demande visée à l'alinéa e), l'autre époux n'a pas supprimé l'obstacle.

(3) Le tribunal peut, aux conditions qu'il estime indiquées, rejeter tout affidavit, demande ou autre acte de procédure déposé par un époux dans le cas suivant :

a) cet époux a eu signification de l'affidavit visé au paragraphe (2) mais n'a pas signifié à son tour au signataire, ni n'a déposé auprès du tribunal, dans les quinze jours suivant le dépôt de cet affidavit ou dans le délai supérieur accordé par le tribunal, un affidavit indiquant que tout obstacle visé à l'alinéa (2)e) a été supprimé;

b) il n'a pas réussi à convaincre le tribunal, selon les modalités

complémentaires éventuellement fixées par celui-ci, que tout obstacle a effectivement été supprimé.

(4) Sans préjudice de la portée générale de la faculté d'appréciation que lui confère le paragraphe (3), le tribunal peut refuser d'exercer les pouvoirs octroyés par ce paragraphe dans le cas suivant :

a) l'époux qui a eu signification de l'affidavit visé au paragraphe (2) a signifié à son tour au signataire et déposé auprès du tribunal, dans les quinze jours suivant le dépôt de cet affidavit ou dans le délai supérieur accordé par le tribunal, un affidavit faisant état de motifs sérieux, fondés sur la religion ou la conscience, pour refuser de supprimer tout obstacle visé à l'alinéa (2)e);

b) il a convaincu le tribunal, selon les modalités complémentaires éventuellement fixées par celui-ci, du fait que ces motifs sont valables.

(5) Pour être valide, un affidavit déposé par un époux auprès du tribunal doit porter la date de sa signification à l'autre époux.

(6) Le présent article ne s'applique pas aux cas où la suppression des obstacles au remariage religieux relève d'une autorité religieuse»⁴³⁶ .

Cette disposition a été adoptée pour pallier la problématique émanant de la cohabitation des normes religieuses et des normes juridiques en matière de divorce. Par cette modification de la *Loi sur le divorce*, le législateur a tenté de prendre en considération

⁴³⁶ *Loi sur le divorce*, *supra* note 433, art. 21.1.

les règles religieuses régissant la dissolution d'une union sans toutefois s'immiscer sur le proprement religieux⁴³⁷. Nous analyserons d'abord le contexte ayant mené à son adoption afin de saisir l'objectif de cet ajout. Nous traiterons par la suite en détails des solutions édictées par cet article afin d'atteindre cet objectif.

i. Vers l'adoption de l'article 21.1 de la Loi sur le divorce

C'est par le dépôt du projet de loi C-61 en 1990 que le Canada a réellement démontré sa volonté de résoudre certains problèmes liés à la réalité internormative sur son territoire. Ce projet de loi visait à modifier la *Loi sur le divorce* en ajoutant l'article 21.1 avec pour objectif de prendre en compte la réalité à laquelle étaient confrontées les femmes juives désirant divorcer.

Les commentaires du ministre de la justice de l'époque, Doug Lewis, témoignent d'ailleurs de cette intention. Ce dernier affirmait alors que:

« Un conjoint ne devrait pas avoir la possibilité de refuser de participer à un divorce religieux juif (un Get) afin d'obtenir des concessions dans un divorce civil. Le Get ne devrait pas être utilisé comme outil de marchandage à des fins de garde d'enfants, de droits de visite et de pension alimentaire.⁴³⁸ »

Par l'ajout de l'article 21.1 à la *Loi sur le divorce*, on réglait un problème auquel étaient confrontés les juges depuis des années. En effet, ne voulant pas passer outre la séparation de fait existant entre le religieux et le droit, ils étaient parfois réticents quand venait le temps

⁴³⁷ Landheer-Cieslak, *supra* note 123 aux p. 473 à 475.

⁴³⁸ *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2^e sess., 34^e lég., 15 février 1990, p. 8375-8377.

de se prononcer sur les affaires impliquant le get⁴³⁹. Cet article 21.1 permet désormais de considérer les normes religieuses dans un jugement de divorce et par le fait même de réaliser l'objectif principal. Ayant cet outil à leur disposition, les femmes croyantes peuvent bénéficier de l'intervention des tribunaux afin de supprimer les obstacles religieux à leur remariage.

Bien que cette disposition ait été ajoutée dans le but d'apporter une solution à la problématique émanant de cette « incohérence normative », entre les règles juives et le droit positif, il semble qu'elle pourrait trouver application dans d'autres contextes. C'est ce que soutient John Syrtash. Ainsi en serait-il, selon lui, des demandes en divorce impliquant des normes musulmanes⁴⁴⁰. Nous soutenons aussi que l'application de cette disposition « may well assist Islamic women in certain circumstances where the husbands request an extortionate sum before consenting to sever the marital bounds »⁴⁴¹. Bref, on conçoit que l'application de l'article 21.1 peut tout aussi bien servir aux femmes de confession musulmane lorsque l'obtention d'un divorce civil ne concorderait pas avec le prononcé du talaq⁴⁴².

*ii. Les mesures à la disposition des parties afin de
supprimer les obstacles religieux au remariage*

L'article 21.1 édicte que pour pouvoir poursuivre les procédures en matière de divorce l'époux doit avoir fait la preuve par affidavit qu'il a supprimé tout obstacle religieux au

⁴³⁹ *Landheer-Cieslak*, *supra* note 122 à la p. 474.

⁴⁴⁰ John Syrtash, « Removing Barriers to Religious Remarriage in Ontario: Rights and remedies », (1986-87) 1 C.F.L.Q. 309 à la p. 335 (Syrtash) et Jonh Syrtash, *Religion and Culture in Canadian Family Law*, Toronto et Vancouver, Butterworths, 1992 à la p. 171.

⁴⁴¹ *Ibid* à la p. 172

⁴⁴² Syrtash, *supra* note 440 à la p. 335.

remariage de l'autre partie⁴⁴³. Ainsi, si une partie, en l'occurrence l'épouse, a signifié et déposé au tribunal un affidavit démontrant qu'elle a supprimé tout obstacle religieux au remariage, l'autre partie devra faire de même⁴⁴⁴. Cette dernière se devra alors de lui répondre par le même véhicule procédural afin de démontrer les mêmes faits⁴⁴⁵. Si elle ne s'exécute pas dans les 15 jours, le juge pourra alors « rejeter tout affidavit, demande ou autre acte de procédure déposé par un époux »⁴⁴⁶. En somme, sous peine de telles conséquences, chaque partie peut être tenue d'expliquer par écrit en quoi les normes religieuses l'empêchent de se remarier sans une action de la part de son conjoint et de prouver qu'elle a demandé à son époux de supprimer de tels obstacles⁴⁴⁷. À son tour, elle doit démontrer qu'elle a elle-même supprimé les empêchements religieux au remariage de l'autre partie⁴⁴⁸. Enfin, elle doit aussi faire la démonstration que l'autre partie n'a pas exécuté sa demande⁴⁴⁹. Ces trois éléments démontrés, elle pourra bénéficier des solutions proposées par l'article 21.1.

Les démarches posées dans l'application du paragraphe 21.1 (2) permettent alors au tribunal de « déduire des effets de droit »⁴⁵⁰ d'une situation qui, à priori, ne possède qu'un caractère religieux. Par conséquent, si une partie ne produit pas son affidavit attestant que tout obstacle religieux au remariage a été levé ou si elle n'a pas réussi à convaincre la cour que c'était le cas, alors le juge pourra prendre certaines mesures⁴⁵¹. Ce faisant, il pourra rejeter toute demande ou tout acte de procédure qui serait déposé par un époux paralysant,

⁴⁴³ *Loi sur le divorce*, *supra* note 343, art. 21.1.

⁴⁴⁴ *Ibid*, art 21.1(2).

⁴⁴⁵ *Ibid*, par. 21.1 (2).

⁴⁴⁶ *Ibid*, par. 21.1 (3).

⁴⁴⁷ *Landheer-Cieslak*, *supra* note 123 à la p. 476.

⁴⁴⁸ *Ibid*.

⁴⁴⁹ *Ibid*.

⁴⁵⁰ *Ibid* à la p. 477.

⁴⁵¹ *Loi sur le divorce*, *supra* note 340, art. 21.1 (3).

de ce fait, le déroulement normal de l'instance⁴⁵². Engendrant de lourdes conséquences pour les époux, ce pouvoir permettrait au juge de rejeter une demande en divorce ou une demande de pension alimentaire par exemple⁴⁵³.

On note cependant que de telles mesures ne peuvent être mises en branle que si les obstacles au remariage religieux relèvent de la seule volonté des époux. Dans le cas où la suppression des empêchements demeurerait du ressort d'une autorité religieuse, il serait, à priori, impossible pour le tribunal d'imposer quoi que ce soit⁴⁵⁴.

Bref, l'article 21.1 suggère une solution à une problématique touchant particulièrement les femmes croyantes dans un contexte précis. Les époux récalcitrants qui n'ont pas l'intention d'octroyer le divorce (religieux) à leur épouse, se voient désormais heurter un obstacle dans le processus civil de dissolution de l'union. Sans contredit, cette modification de la *Loi sur le divorce* a eu pour effet de répondre aux problèmes auxquels faisait face la communauté juive en particulier. Rappelons néanmoins que cet article aurait de multiples applications⁴⁵⁵ ; la latitude laissée au juge dans des affaires de divorce pourrait aussi bénéficier à toutes les croyantes et ce peu importe leur confession. Dans un autre ordre d'idées, l'État de New-York ayant adopté des mesures législatives semblables, bien avant le Canada, il serait intéressant de se demander si ces dernières reçoivent une interprétation aussi large.

⁴⁵² *Loi sur le divorce*, *supra* note 340, art. 21.1 (3).

⁴⁵³ *Castilli*, *supra* note 431 à la p. 458; *Landheer-Ciselak*, *supra* note 123 à la p. 477, Benoit Moore, « Le droit de la famille et les minorités », (2003-2004) 34 R.D.U.S. 229 à la p. 239 et Benoit Moore, « À la volonté de Dieu ou des contractants? : Commentaires sur l'affaire Markovitz c. Bruker », (2009) 43 R.J.T. 219.

⁴⁵⁴ *Loi sur le divorce*, *supra* note 343, art. 21.1 (6).

⁴⁵⁵ John T. Syrtash, « Celebrating the success of Canada's « get » legislation and its possible impacts on Israel » (2005) SFRLP 1, au par 6.

b) Regard sur le *Get Statute*

Le « get statute » a été codifié à l'article 253 *Domestic Relations Laws*⁴⁵⁶ de New-York (ci-après DRL) au début des années 1980. Par la suite, cette initiative s'est poursuivie par l'adoption de l'article 256 du DRL près de 10 années plus tard. Puisque la mise en place de ces mesures législatives a eu lieu en deux temps, nous étudierons, en première partie, l'article 253 pour ensuite s'attarder, en deuxième partie, à l'article 256.

i. La codification du *Get Statute*

Comme c'est le cas au Canada, l'État de New-York abrite, sur son territoire, une importante population de confession juive. Au cours des dernières décennies, les tribunaux new-yorkais ont été confrontés à la question du divorce juif dans plusieurs décisions⁴⁵⁷. La plus importante d'entre elles demeure, sans contredit, *Avitzur v. Avitzur*⁴⁵⁸. Dans cette affaire, la Cour d'appel de New-York, avait déterminé que la clause de la ketubah désignant le beth din comme arbitre des disputes matrimoniales était valide. Le tribunal avait alors jugé que, bien que comportant une dimension religieuse, cette obligation demeurerait tout de même juridiquement exécutable car elle respectait le droit général des obligations.

Fort des enseignements de cette décision, l'État a tenté de remédier aux problèmes émanant du déni du get et ce, peu de temps par la suite. C'est donc en 1983 qu'a été adopté le « Get Statute⁴⁵⁹ », principe qui, depuis 1984, est codifié à l'article 253 du DRL. Cette

⁴⁵⁶ De Blois, *supra* note 362 aux p. 218 et 219.

⁴⁵⁷ *Avitzur*, *supra* note 350; *Waxstein c. Waxstein*, 395 N.Y.S.2d 877 (Sup. Ct. 1976) (conf. par 394 N.Y.S. 2d 253 (App. Div. 1977)); *Rubin c. Rubin*, 348 N.Y.S.2d 61 (Fam. Ct. 1973).

⁴⁵⁸ *Avitzur*, *supra* note 350.

⁴⁵⁹ *Nichols*, *supra* note 377 aux p. 28 et 29.

disposition a pour objectif de faire tomber « toutes barrières religieuses au remariage ». Le législateur définit la notion de « barrière au remariage » comme étant:

« any religious restraint or inhibition, of which the party required to make the verified statement is aware, that is imposed on a party to a marriage, under the principles held by the clergyman or minister who has solemnized the marriage, by reason of the other party's commission on withholding of any voluntary act⁴⁶⁰ ».

En vertu de l'article 253 du DRL, afin d'obtenir un jugement de divorce, chaque partie doit faire la démonstration que tous les obstacles au remariage relevant de la religion ont été éliminés ou le seront. Tel qu'édicte par les paragraphes 253 (2) et (3) du DRL⁴⁶¹, les époux doivent alléguer dans leur demande en divorce que de telles barrières n'existent plus. De plus, ils ont le devoir de produire un affidavit à cet effet sans quoi aucun jugement ne sera prononcé. Les paragraphes (2) et (3) édictent respectivement que:

«2. Any party to a marriage defined in subdivision one of this section who commences a proceeding to annul the marriage or for a divorce must allege, in his or her verified complaint: (i) that, to the best of his or her knowledge, that he or she has taken or that he or she will take, prior to the entry of final judgment, all steps solely within his or her power to remove any barrier to the defendant's remarriage following the annulment or divorce; or (ii) that the defendant has waived in writing the requirements of this subdivision⁴⁶² ».

« 3. No final judgment of annulment or divorce shall thereafter be entered unless

⁴⁶⁰ *D.R.L., supra* note 435, § 253 (6).

⁴⁶¹ *Ibid*, § 253 (2) et (3).

⁴⁶² *Ibid*, § 253(2).

the plaintiff shall have filed and served a sworn statement: (i) that, to the best of his or her knowledge, he or she has, prior to the entry of such final judgment, taken all steps solely within his or her power to remove all barriers to the defendant's remarriage following the annulment or divorce; or (ii) that the defendant has waived in writing the requirements of this subdivision ⁴⁶³».

Autrement dit, si une partie ne démontre pas qu'elle a levé tout obstacle religieux au remariage, alors la procédure pourrait être suspendue en attendant qu'elle le fasse. Par conséquent, on comprend que « no final judgment of annulment or divorce shall thereafter be entered⁴⁶⁴ ».

Par ailleurs, le paragraphe 253 (7) prévoit qu'une partie peut faire appel au « ministre du culte⁴⁶⁵» ayant célébré le mariage afin de démontrer que, malgré sa demande, l'époux n'a pas éliminé les barrières au remariage⁴⁶⁶. Cela a pour objectif de prévenir les problèmes émanant d'une fausse déclaration de la part d'un époux⁴⁶⁷. Dans ce cas particulier, le célébrant devra produire un affidavit afin de prouver que les obstacles empêchant une partie de se remarier demeurent bel et bien réels⁴⁶⁸. Tant qu'ils ne seront pas écartés, un jugement de divorce ne pourra être prononcé.

Bien évidemment, il est important de noter que cette disposition ne s'applique qu'aux couples mariés religieusement; les époux unis par les liens d'un mariage civil mais non

⁴⁶³ *D.R.L.*, *supra* note 435, § 253 (3).

⁴⁶⁴ *Ibid.*, § 253 (3) et (4).

⁴⁶⁵ On fait référence dans l'article au terme « clergyman » ou « ministre », l'emploi du terme ministre du culte reste une traduction libre de ces termes de notre part.

⁴⁶⁶ *D.R.L.*, *supra* note 435, § 253 (7).

⁴⁶⁷ *Nichols*, *supra* note 377 à la p. 30.

⁴⁶⁸ *Ibid.*

religieux ne pourraient bénéficier des prescriptions édictées par l'article 253⁴⁶⁹. De même, les mécanismes édictés par cette disposition ne peuvent être mis en œuvre que si les parties entreprennent des démarches afin de demander un divorce civil⁴⁷⁰. Enfin, il est important de noter que si une partie ne lève pas les obstacles religieux au remariage, pour elle, la seule conséquence demeurera le déni d'un divorce civil par les tribunaux⁴⁷¹.

ii. L'article 236

Afin de compléter le champ de protection qu'accorde l'article 253 aux croyantes, l'État de New York a modifié l'article 236 en 1992⁴⁷². Cette disposition prévoit qu'en cas de divorce, les biens doivent être partagés équitablement. Toutefois, en vertu de 236(5) énonce que toute barrière religieuse au remariage devrait être considérée⁴⁷³. Plus précisément, le paragraphe 5 (h) édicte que:

« In any decision made pursuant to this subdivision the court shall, where appropriate, consider the effect of a barrier to remarriage, as defined in subdivision six of section two hundred fifty-three of this article, on the factors enumerated in paragraph d of this subdivision ⁴⁷⁴».

Ainsi, le juge peut prendre en compte la situation particulière des parties dans le partage des biens. Outre l'âge, la santé des époux, la durée du mariage ou la garde des enfants, cette disposition permet de considérer les barrières religieuses au remariage telles

⁴⁶⁹ *Nichols, supra* note 377 à la p. 30.

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ *Ibid.*

⁴⁷² *D.R.L., supra* note 345, § 536.

⁴⁷³ *De Blois, supra* note 362 à la p. 219.

⁴⁷⁴ *D.R.L., supra* note 345, § 236 (5) (h).

que l'article 253 D.R.L. les définit. De surcroît, ce facteur peut aussi influencer l'octroi d'une pension alimentaire à un époux⁴⁷⁵.

On remarque que la discrétion des juges sur l'ampleur de « l'inégalité » dans le partage des biens ou dans l'octroi des pensions alimentaires pour ex-conjoint est assez large. Par exemple dans l'affaire *Pinto v. Pinto*⁴⁷⁶, la cour a décidé que dans l'éventualité où l'ex-époux n'octroyait pas le get à son ex-épouse, cette dernière aurait droit à 100% de la valeur nette des biens énumérés par les époux et soumis au partage.

Par ailleurs, il est intéressant de noter que cette disposition vise tant les mariages religieux que les mariages civils⁴⁷⁷, contrairement à l'article 253 D.L.R. Cela élargit considérablement son champ d'application.

Il est indéniable que tant les modifications apportées à l'article 236 du D.R.L. que l'article 253 ont été adoptés afin de poser une solution au problème du déni du get⁴⁷⁸. Néanmoins, ces dispositions demeurent profitables aux époux de toutes les religions. Comme nous l'avons vu, les conjoints musulmans sont tout aussi susceptibles de faire face à la même problématique semblable. D'ailleurs, dans l'affaire *Mojdeh M. v. Jamshid A.*⁴⁷⁹, qui concernait la dissolution de l'union de conjoints musulmans, la Cour suprême de l'État de New-York n'a pas hésité à utiliser la latitude de l'article 236 D.R.L. afin de partager de façon

⁴⁷⁵ D.R.L., *supra* note 345, § 236 (6) (d).

⁴⁷⁶ *Pinto v. Pinto*, 688 N.Y.S. 2d. 701 (2 Dept. 1999).

⁴⁷⁷ *De Blois*, *supra* note 362 à la p. 220.

⁴⁷⁸ *Nichols*, *supra* note 377 à la p. 30.

⁴⁷⁹ *Mojdeh M. v. Jamshid*, 36 Misc. 3d 1209 (Kings Sup. Ct. 2012) (*Mojdeh M. v. Jamshid*).

inéquitable les biens si l'ex-époux n'octroyait le divorce musulman à son ex-épouse dans les 45 jours⁴⁸⁰.

En résumé, on remarque une réelle intention de la part du Canada et de la part de l'État de New-York de prendre en compte les situations d'internormativité. De ce fait, ils abordent la réalité des individus croyants désirant obtenir le divorce sur leur territoire. Bien que le pouvoir législatif permette aux femmes d'obtenir plus aisément le divorce religieux auprès de leurs maris récalcitrants, il n'en reste pas moins que ces mesures ne parviennent pas à aborder l'ensemble des aspects de la problématique découlant de la cohabitation du religieux et du juridique; le reste de cette tâche serait donc reléguée au pouvoir judiciaire.

2. APPROCHE JUDICIAIRE

De plus en plus, les tribunaux sont confrontés à des litiges comportant une dimension religieuse en matière de droit de la famille. Bien que les cours ne puissent pas se prononcer sur de telles questions en théorie, il reste que, en pratique, la plupart des affaires entendues détiennent un caractère justiciable⁴⁸¹. Outre les mécanismes proposés par la loi, tels qu'analysés dans la section 1, on peut se demander comment les tribunaux canadiens et new-yorkais abordent le divorce religieux. Plus particulièrement, nous concentrerons notre étude sur la réception des contrats de mariage fondés sur des préceptes religieux, tels que le mahr et la Ketubah, par les tribunaux. Sera analysée, la façon dont les cours canadiennes et new-yorkaises ont abordé ce genre d'obligation.

⁴⁸⁰ *Mojdeh M. v. Jamshid*, *supra* note 489 à la p. 41 (Dans cette affaire, le mari était sans emploi et la femme médecin, il était donc très désavantageux pour l'homme de se voir octroyer un partage inéquitable des biens).

⁴⁸¹ *New dilemmas*, *supra* note 284 à la p. 124.

a) L'apport de *Bruker c. Markovitz* ; la réception de l'obligation religieuse en matière contractuelle

Bruker c. Markovitz est l'arrêt de la Cour suprême du Canada qui a permis de déterminer qu'une obligation à caractère religieux demeure exécutable si elle respecte les principes généraux du droit des obligations.

Il s'agissait d'une demande en dommages et intérêts de la part de Madame Bruker à l'égard de Monsieur Markovitz, car ce dernier n'aurait pas respecté l'engagement intervenu lors de leur demande en divorce ayant pour effet d'accorder le get à son ex-épouse⁴⁸². Lors du prononcé de leur divorce en 1980, les parties avaient convenu de se rendre devant un tribunal rabbinique afin que le get soit officialisé⁴⁸³. Toutefois rien de tel ne s'est jamais produit.

Ce n'est que près de 10 ans plus tard, lorsque M. Markovitz a fait une demande en résiliation rétroactive de l'obligation de paiement des pensions alimentaires pour enfants, que Madame Bruker a déposé un affidavit conformément aux prescriptions de l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce*⁴⁸⁴. Le juge a alors déterminé qu'il était impossible pour lui d'entendre M. Markovitz tant que ce dernier n'avait pas accordé le get à son ex-épouse tel que cela avait été prévu lors du divorce civil des époux⁴⁸⁵. M. Markovitz se voyant obligé de s'exécuter pour poursuivre ses démarches judiciaires, c'est donc la suspension des procédures qui a engendré l'octroi du get à Madame Bruker. Cette affaire est particulière puisque les époux avaient demandé le divorce avant l'adoption de l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce*. Or, ce

⁴⁸² *Bruker c. Markovitz*, *supra* note 349.

⁴⁸³ *Ibid* au par. 24.

⁴⁸⁴ *Ibid* au par. 28.

⁴⁸⁵ *Ibid* aux par. 28 et 29.

n'est que lors d'une demande en modification de l'entente de divorce initiale, au cours des années 1990, que le jeu de cette disposition a pu réellement faire son œuvre.

Mme Bruker a obtenu des dommages et intérêts suite à l'inexécution de l'obligation d'accorder le get puisque les parties s'étaient entendues par écrit à ce sujet lors de leur divorce. Se demandant, d'abord, si une telle entente était valide, la majorité de la Cour suprême du Canada a déterminé que son caractère religieux n'affectait en rien sa validité. De même, les juges ont rejeté la défense de M. Markovitz qui invoquait la liberté de religion afin de justifier le manquement à ses obligations. La cour a alors affirmé que:

«L'intérêt que porte le public à la protection des droits à l'égalité et de la dignité des femmes juives dans l'exercice indépendant de leur capacité de divorcer et se remarier conformément à leurs croyances, tout comme l'avantage pour le public d'assurer le respect des obligations contractuelles valides et exécutoires, comptent parmi les intérêts et les valeurs qui l'emportent sur la prétention de M. Marcovitz selon laquelle l'exécution de l'engagement pris au paragraphe 12 de l'entente pourrait restreindre sa liberté de religion»⁴⁸⁶.

De plus, la cour lui a attribué une compensation monétaire à Mme Bruker car son ex-époux avait grandement tardé à supprimer les obstacles religieux au remariage.

*i. Bruker c. Marcovitz et la justiciabilité des questions
comportant une dimension religieuse*

Le plus grand apport de *Bruker c. Markovitz* reste certainement la consécration de la justiciabilité des questions de droit comportant un aspect religieux. Toutefois, comme nous

⁴⁸⁶ *Bruker c. Markovitz*, *supra* note 349 au par. 96.

l'avons constaté, la partie n'était pas gagnée d'avance. La cour devait d'abord déterminer si elle pouvait examiner une telle affaire en conservant sa neutralité (religieuse). Comme Louis-Philippe Lampron le souligne, on pouvait légitimement se demander :

« (...) comment était-il possible de concilier cette faculté pour les juridictions canadiennes d'intervenir juridiquement en prenant en considération des faits religieux en vue d'en déduire des effets de droit tout en respectant en même temps la nécessaire "neutralité" des juridictions étatiques, neutralité dont le sens n'est pas des plus facile à déterminer et dont la mise en oeuvre est parfois des plus ardues ⁴⁸⁷ »?

C'est en abordant l'affaire comme constituant un « conflit privé entre deux individus croyants⁴⁸⁸ » que la Cour suprême a pu se prononcer sans se mêler du religieux. Autrement dit, en départageant ce qui relève du droit et ce qui relève proprement de la religion, elle assurait sa neutralité. Pour ce faire, la majorité s'est appuyée, entre autres, sur la dissidence du juge Freedman de la Cour d'appel du Manitoba dans *Re Morris c. Morris*⁴⁸⁹ près de 35 ans plus tôt. Ce dernier avait alors déterminé que le fondement religieux d'une obligation n'influe en rien sa nature proprement contractuelle. S'exprimant sur la justiciabilité d'un contrat de mariage juif, il affirmait alors que la religion « C'est le début et non la fin de l'affaire ⁴⁹⁰ ». Autrement dit, le religieux ne ferait que caractériser un contrat et non nécessairement le transformer en une obligation de nature morale⁴⁹¹.

⁴⁸⁷ Louise Langevin, Louis-Philippe Lampron, Christelle Landheer-Ciselak, Alain Prujiner et Patrick Taillon, « L'affaire Bruker c. Markovitz : Variations sur un thème » (2008) 48 C.de D. 655 au par. 90 (Variation sur un thème).

⁴⁸⁸ *Ibid* au par. 59.

⁴⁸⁹ *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3d) 550 (C.A. Man.).

⁴⁹⁰ *Ibid* aux p. 559 et 560.

⁴⁹¹ *Bruker c. Markovitz*, *supra* note 349 au par. 46.

Ainsi, en établissant que « le fait qu'un litige comporte un aspect religieux ne le rend pas nécessairement non justiciable ⁴⁹²», la cour a ouvert la porte à des questions qui restaient auparavant hors champ pour les tribunaux. Bien que fondamentalement neutres⁴⁹³, il est maintenant clair que les tribunaux canadiens peuvent trancher des affaires ayant une dimension religieuse, sans porter atteinte à la neutralité des institutions étatiques. La judiciarisation de la religion, même s'il s'agit d'une question de droit, demeure une affaire bien délicate.

⁴⁹² *Bruker c. Markovitz*, *supra* note 349 au par. 41.

⁴⁹³ Variations sur un thème, *supra* note 487 au par 89.

ii. *La réception du mahr et de la ketubah par les
tribunaux canadiens*

Les contrats de mariage juifs ou musulmans, bien que prenant place dans un contexte religieux, n'ont de religieux que la tradition dans laquelle ils s'inscrivent. Tout comme Me Faren L. Jamal le fait remarquer, l'institution du mariage dans ces confessions entretient un lien beaucoup plus éloigné avec les préceptes de la religion que les contrats de mariage catholiques. Ces derniers, contrairement à la ketubah ou à la nikka, énoncent plutôt des obligations morales, laissant de côté la dimension juridique du mariage⁴⁹⁴. C'est dans cette optique que Me Jamal souligne que bien qu'ancrées dans ces traditions religieuses, ces institutions demeurent de véritables ententes contractuelles et que « Courts that have found that Islamic marriage or mahr is a 'religious' agreements misunderstand the nature of Islamic matrimonial culture »⁴⁹⁵.

Pour ce qui est de l'obligation d'accorder la ketubah et de l'obligation d'accorder le get, la question est claire depuis que la Cour suprême s'est prononcée en 2007 dans *Braker c. Markovitz*. Même si certaines obligations prennent leur source dans les préceptes de la religion juive, elles demeurent justiciables en principe. Les tribunaux se doivent donc de trancher sur le caractère exécutoire d'une telle obligation lorsque cette dernière paraît valide⁴⁹⁶. Comme l'exprime la majorité des juges dans cet arrêt: « Certes, une personne ne peut être forcée à exécuter une obligation morale, mais le Code civil n'empêche nullement une personne de transformer ses obligations morales en obligations juridiquement valides et

⁴⁹⁴ Faren L. Jamal, « Enforcing Mahr in the Canadian Courts », (2012) 24 no. 3 Ontario Bar Association Newsletter à la p. 2 (Jamal) (L'auteur affirme que: « It should be emphasized that marriage in Islam (and also in Judaism) is a civil contract. There is nothing sacred about the solemnization of marriage as is familiar with the Christian traditions »).

⁴⁹⁵ *Ibid* à la p. 2

⁴⁹⁶ De Blois, *supra* note 362 à la p. 222.

exécutoires⁴⁹⁷ ». Tout dépend donc de la possibilité de transposer ces obligations de nature religieuse en droit. Autrement dit, si une entente, fondée sur la religion, est valide en droit, alors elle peut être exécutée et ce, tout autant que toute autre entente purement séculière.

L'affaire *Bruker c. Markovitz* ayant donné le ton, on comprend que pour les tribunaux canadiens, la nature de l'entente ou la religion sur laquelle elle est fondée ne devrait avoir aucun impact sur la réception judiciaire de ce type d'obligation. Par exemple, dans quelques décisions récentes concernant le mahr, nommément *Khan c. Khan*⁴⁹⁸, *Khanis c. Noormohamed*⁴⁹⁹, *M. (N.M.) c. M. (N.S.)*⁵⁰⁰, *Nathoo c. Nathoo*⁵⁰¹ et *Amlani c. Hirani*⁵⁰², cette approche a été préconisée. Dans ces affaires, les tribunaux ont accordé une force contractuelle à l'entente sur le mahr prévue dans un contrat de mariage. Conséquemment, puisque la cour a confirmé le caractère exécutoire de l'obligation, les ex-épouses ont donc pu bénéficier de ce qu'il leur revenait de droit ; la dot traditionnelle qui leur était accordée en cas de dissolution de l'union. Dans *Amlani c. Hirani* par exemple, il a été déterminé que l'ex-époux devait verser une somme de 51 000\$ à son ex-épouse conformément à ce qui avait été établi dans leur contrat de mariage et que cette somme demeurerait complémentaire aux compensations prévues par le régime provincial.

De plus, il est important de souligner que le mahr n'a pas pour objectif de déterminer ce qu'il adviendra de la séparation des biens des ex-époux. Il vise plutôt à s'assurer que la femme, en cas de divorce, pourra bénéficier d'un certain coussin financier⁵⁰³. Il s'agit d'un

⁴⁹⁷ *Bruker c. Markovitz*, *supra* note 348 au par 51.

⁴⁹⁸ *Khan c. Khan*, 2005 ONCJ 155.

⁴⁹⁹ *Khanis v. Noormohamed*, [2009] 177 A.C.W.S (3d) 446 (OSCJ), et en appel [2011] ONCA 127.

⁵⁰⁰ *M. (N.M.) v. M. (N.S.)*, [2004] BCSC 346.

⁵⁰¹ *Nathoo v. Nathoo*, [1996] 68 A.C.W.S. (3d) 487 (SC).

⁵⁰² *Amlani v. Hirani*, [2000] BSCS 1653.

⁵⁰³ Jamal, *supra* note 494 à la p. 2.

montant d'argent ou de biens accordés à cette dernière en plus de ce que le régime étatique prévoit dans cette situation⁵⁰⁴.

Mais, il reste tout de même délicat de démontrer la force exécutoire d'une entente sur le mahr: les cours provinciales semblent parfois divisées sur la question. Chaque litige doit être évalué au cas par cas⁵⁰⁵. Comme en témoignent certaines décisions récentes⁵⁰⁶, la force exécutoire d'une telle entente demeure toujours soumise à l'appréciation des juges sur la question. À titre d'illustration, dans *Yar v. Yar*⁵⁰⁷, une décision de la Cour supérieure d'Ontario, il a été déterminé que le mahr ne pouvait être considéré comme une obligation valide puisque le mariage contrevenait aux préceptes du droit islamique. Bien qu'elle respectait les conditions de validité des obligations du droit ontarien, le juge a néanmoins appuyé son raisonnement sur des normes religieuses⁵⁰⁸. Il a alors affirmé que « “the Islamic marriage between the parties is void as it was conducted under circumstances that contravene Islamic law”⁵⁰⁹ ». Dans cette affaire, en plus de transgresser la séparation de fait entre le religieux et l'État, la cour s'est aussi permis d'analyser les conditions religieuses de la validité de l'obligation. Or, comme il a été démontré plus tôt, puisque le caractère religieux d'une entente ne la rend pas nécessairement non justiciable, les tribunaux devraient se concentrer sur l'examen des conditions nécessaires à sa validité en droit et se garder d'aller plus loin.

⁵⁰⁴ Jamal, *supra* note 494 à la p.5.

⁵⁰⁵ *Ibid* à la p. 3.

⁵⁰⁶ *Kaddoura v. Hammoud*, [1998]168 D.R.L. 4th 403 (ONCS) (Dans cette affaire, les tribunaux ontariens avaient refusé de reconnaître en cette institution force de contrat. Elle avait par le fait même comparée cette obligation contractuelle aux devoirs moraux des époux dans un mariage catholique).

⁵⁰⁷ *Yar v. Yar*, [2011] ONSC 301 (*Yar v. Yar*), l'invalidité du mariage religieux a été confirmé en appel dans *Yar v. Yar*, [2012] 224 A.C.W.S. (3d) 703 (ONCA).

⁵⁰⁸ *Ibid* au par. 19.

⁵⁰⁹ *Ibid* au par. 14.

Bref, on remarque que les ententes religieuses sont tout aussi justiciables que n'importe quel contrat. De plus, elles demeurent exécutoires, en principe, si elles respectent les conditions nécessaires à la formation d'un contrat valide. Comme le souligne Me Jamal toutefois, il reste que la vision des tribunaux sur le sujet paraît parfois aveuglée par le caractère religieux de l'obligation. Dans certaines affaires, les juges semblent plus pointilleux dans leur analyse de la validité d'une obligation ; ils s'attendent à retrouver des termes précis et des obligations très spécifiques⁵¹⁰. On peut se demander si les critères de validité d'un contrat sont plus stricts pour les contrats à caractère religieux que pour les autres types de contrats. L'auteur paraît penser que cela serait parfois le cas⁵¹¹.

b) La réception des normes religieuses dans l'État de New-York

Comme nous l'avons démontré, au Canada, la réception en droit des contrats à caractère religieux n'a pas été une bataille gagnée d'avance. Néanmoins, l'état du droit canadien semble clair actuellement. Il sera intéressant d'examiner si tel est le cas en droit américain. Pour ce faire, nous nous concentrons plus particulièrement sur l'analyse de la réception des ententes fondées sur des préceptes religieux par les tribunaux new-yorkais. D'abord, nous aborderons l'affaire *Avitzur* et démontrerons l'importance de ses apports sur la question. Ensuite, nous examinerons de plus près le traitement réservé aux contrats de mariage juif et musulman.

i. L'apport de Avitzur v. Avitzur

Tel que mentionné plus tôt, l'affaire *Avitzur* est, en partie, à l'origine des initiatives législatives de l'État de New-York quant à la prise en compte de la réalité des croyantes

⁵¹⁰ *Jamal*, supra note 494 à la p. 4.

⁵¹¹ *Ibid.*

divorçant dans une société séculière. Toutefois, là ne s'arrête pas l'apport de cette décision; c'est à cette occasion que les tribunaux new-yorkais ont déterminé que le caractère religieux d'une obligation ne la rendait pas nécessairement non justiciable.

Cette affaire opposant Madame Avitzur à Monsieur Avitzur portait sur l'exécution d'une obligation prévue dans la ketubah qui avait été signée par les ex-époux lors de leur mariage en 1966⁵¹². S'étant mariés selon les préceptes de la religion juive, le couple s'était alors engagé à soumettre à l'autorité du beth din toutes questions relatives à leur union⁵¹³. Suite à l'obtention du divorce civil en 1968, Monsieur Avitzur avait toutefois refusé de se présenter devant le tribunal rabbinique, tel que le demandait son ex-épouse, afin que ce dernier lui donne le get. Se voyant refuser le divorce juif, ne pouvant seulement être entériné par le beth din, Madame Avitzur demeurait donc une femme mariée aux yeux de la religion juive et ce, bien qu'elle ait obtenu son divorce auprès des autorités civiles.

La demanderesse, désirant faire exécuter son obligation⁵¹⁴, a alors intenté une action en bris de contrat. Ce faisant, Mme Avitzur a demandé à la cour de reconnaître l'inexécution de l'obligation en plus de réclamer l'émission d'une ordonnance sommant M. Avitzur de se présenter devant le beth din.

C'est dans ce contexte que les tribunaux new-yorkais ont dû se prononcer sur la

⁵¹² *Avitzur*, supra note 350 à la p. 111.

⁵¹³ *Ibid* à la p.112.

⁵¹⁴ *Ibid* (Plus précisément, la clause en question prévoyait que : "[We], the bride and bridegroom hereby agree to recognize the Beth Din of the Rabbinical Assembly and the Jewish Theological Seminary of America or its duly appointed representatives, as having authority to counsel us in the light of Jewish tradition which requires husband and wife to give each other complete love and devotion, and to summon either party at the request of the other, in order to enable the party so requesting to live in accordance with the standards of the Jewish law of marriage throughout his or her lifetime. We authorize the Beth Din to impose such terms of compensation as it may see fit for failure to respond to its summons or to carry out its decision").

justiciabilité d'une obligation comportant caractère religieux. La demande de Madame Avitzur, bien que rejetée en première instance, a été accueillie en appel. La Cour d'appel de New-York a alors déterminé que la nature religieuse d'une obligation n'affectait en rien son caractère justiciable⁵¹⁵. Ainsi, elle a affirmé que « we find nothing in law or public policy to prevent judicial recognition and enforcement of the secular terms of such agreement ⁵¹⁶ ». De même, il est important de noter que ce que la demanderesse cherchait à obtenir n'exposait en rien le tribunal à se prononcer sur le religieux, bien au contraire. Tel que le souligne le juge Wachtler, il s'agissait d'une obligation tout à fait ordinaire:

« It should be noted that plaintiff is not attempting to compel defendant to obtain a Get or to enforce a religious practice arising solely out of principles of religious law. She merely seeks to enforce an agreement made by defendant to appear before and accept the decision of a designated tribunal ⁵¹⁷ ».

Par ailleurs, la cour a souligné que, contrairement aux prétentions du défendeur, le fait de reconnaître la force exécutoire d'une obligation séculière fondée sur des motifs religieux n'outrepassait pas les limites constitutionnelles⁵¹⁸. Autrement dit, un tel jugement ne transgressait en aucun point la clause de non-établissement prescrivant la séparation entre la religion et l'État. Rien n'empêche les cours de se prononcer sur de telles questions pourvu qu'elles ne s'attardent qu'à l'aspect strictement juridique de la question et qu'elles n'appliquent que les règles neutres du droit des obligations⁵¹⁹.

Bref, dans cette affaire, la clause conférant l'autorité au tribunal rabbinique d'arbitrer

⁵¹⁵ *Avitzur*, supra note 350 à la p. 112.

⁵¹⁶ *Ibid* à la p. 111.

⁵¹⁷ *Ibid* à la p. 113

⁵¹⁸ *Ibid* à la p. 114 et *Jones v. Wolf*, 443 U.S. 595(1979).

⁵¹⁹ *Ibid*.

les disputes entre les époux demeurent justiciables puisqu'elle comportait une dimension séculière; c'est grâce à cette caractéristique que la cour a pu se prononcer sur le caractère exécutoire de l'obligation prévue dans la ketubah. De même, elle a souligné que bien que l'ensemble de la ketubah ne puisse pas toujours être reconnue comme un contrat au sens juridique du terme, elle peut s'avérer source d'obligations à conditions que ces dernières puissent être transposées en des termes séculiers.

ii. La réception judiciaire des obligations religieuses

L'affaire *Avitzur* ayant permis de consacrer la justiciabilité et, par le fait même, le caractère possiblement exécutoire d'une clause d'arbitrage religieux prévue dans une ketubah, on peut se demander s'il en est autant des autres obligations prévues dans de tels contrats. Rappelons que tant le nikah, contrat de mariage musulman, que la ketubah peuvent comporter une obligation pécuniaire imposant le mari de verser à son ex-épouse une certaine prestation sous forme de biens en cas de divorce. Ainsi, sera examinée ici la réception des obligations fondées sur des préceptes religieux prévues dans les contrats de mariage.

- La réception de la Ketubah

Avant *Avitzur*, la Ketubah connaissait une réception plutôt mitigée dans l'État de New-York. Bien que les tribunaux aient déjà entériné des clauses contractuelles concernant le procédé de mise en œuvre d'un éventuel get, il en n'était pas de même pour la ketubah dans son entièreté. C'est en se concentrant sur la dimension juridique des ententes sur le get et en ne se prononçant pas sur la dimension religieuse, que les juges ont pu consacrer le caractère exécutoire de ce type de clauses et ce, sans transgresser la clause de non-établissement du

Premier amendement⁵²⁰. Par exemple, dans l'affaire *Rubin v. Rubin*⁵²¹, rendue en 1973, le juge avait décidé de donner force juridique à une entente sur le get en se concentrant sur les principes de droit des obligations⁵²². De même dans *Waxstein v. Waxstein*⁵²³, la cour avait sommé le mari d'exécuter l'obligation à laquelle il s'était engagé soit de se présenter devant le beth din afin de remettre le get à sa femme.

Toutefois, dans ces affaires la cour n'avait qu'à se prononcer sur des clauses contractuelles assez précises découlant d'entente sur la séparation des époux⁵²⁴. Bien que possédant un caractère religieux, ces dernières n'étaient pas issues d'une ketubah mais plutôt d'un contrat « séculier ». Le contrat religieux était, quant à lui, encore considéré comme un type d'obligation morale n'ayant aucune force juridique comme en témoigne *In Re White's Estate*⁵²⁵. Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'État de New-York avait déterminé que la ketubah s'apparentait plus à un rituel ou à une formalité qu'à un véritable contrat.

Ce n'est qu'avec *Avitzur*, que les tribunaux ont consacré la force exécutoire d'une ketubah. Comme il a été exposé plus tôt, le tribunal avait alors déterminé que malgré le fait que ce contrat comporte une dimension religieuse, cela n'entachait en rien son caractère juridique. Décision phare, *Avitzur* a permis

⁵²⁰ *Watson v. Jones*, 80 U.S. 679 (1872).

⁵²¹ *Rubin v. Rubin*, 348 N.Y.S. 2d. 61 (1973).

⁵²² Jodi M. Solovy, « Civil enforcement of Jewish Marriage and Divorce : Constitutional Accommodation of Religious Mandate », 45 DePaul L. Rev. 493 (1996) à la p. 519 (Solovy).

⁵²³ *Waxstein v. Waxstein* 395 N.Y.S. 2d 877 (1976) (Le mari, pour sa défense, affirmait que sur la cour ne pouvait pas se prononcer sur de telles questions puisqu'elles comportaient une dimension religieuse).

⁵²⁴ Solovy, *supra* note 522 à la p. 519.

⁵²⁵ *In Re White's Estate*, 356 N.Y.S. 2d 208, 210 (NY Sup. Ct, 1974).

d'élever le « contrat religieux » au même niveau que tout autre contrat si toutes les conditions de validité étaient remplies. Certains États américains sont même allés plus loin. Dans *In re Goldman*⁵²⁶, une décision de l'Illinois, la cour a déduit des termes de la ketubah une obligation du mari d'accorder le get à son épouse lors du divorce⁵²⁷.

On constate enfin que certaines obligations de la Ketubah semblent connaître une meilleure réception de la part des tribunaux. En effet, la force exécutoire des ententes concernant l'octroi du get est reconnue depuis quelques décennies déjà. Or, tel n'est pas le cas des obligations financières prévues dans la Ketubah. Aucune décision des tribunaux new-yorkais ne semble avoir entérinée une telle entente jusqu'à maintenant⁵²⁸. Cela s'explique certainement, selon Micheal J. Broyd, par le fait que les paramètres de ces obligations sont habituellement plutôt vagues et difficilement quantifiables⁵²⁹. Autrement dit, il serait délicat pour un tribunal de forcer l'exécution d'une obligation enjoignant au mari de verser un montant qui serait seulement déterminable en vertu du droit juif⁵³⁰. On peut toutefois penser qu'une obligation rédigée en des termes précis pourrait être considérée comme pouvant être exécutée.

⁵²⁶ *In Re Marriage of Goldman* 54 N.E. 2d 1016 (App. Ct. 1990).

⁵²⁷ Solovy, *supra* note 522 à la p. 520.

⁵²⁸ Micheal J. Broyd « New York's regulation of Jewish marriage: covenant, contract, or statute? », dans Joel A. Nichols dir, *Marriage and Divorce in a Multicultural Context : Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law and Religion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 138 à la p. 145.

⁵²⁹ *Ibid* aux p. 145-146,

⁵³⁰ *Ibid*.

- La réception du mahr

Les tribunaux de l'État de New-York ont vu dans le mahr un contrat respectant les exigences générales du droit des obligations. De ce fait, ils ont pu valider l'exécution d'une obligation du mari prévue dans un tel contrat. On constate que ces derniers ont consacré des ententes qui obligeaient l'époux à accorder une compensation en biens à son épouse en cas de divorce⁵³¹.

Par exemple, dans l'affaire *Aziz v. Aziz*⁵³², la Cour suprême de New-York a sommé l'ex-époux de verser à son ex-épouse une dot compensatoire de 5000\$, tel que cela était prévu au contrat. L'union ayant été préalablement dissoute, Mme Aziz avait cherché à donner force à leur entente sur le mahr. Malgré les prétentions de M. Aziz, argumentant que cette dernière ne comportait pas de valeur juridique mais une valeur religieuse, le tribunal a plutôt jugé que le document était « enforceable as a contractual obligation notwithstanding that it was entered into as part of a religious ceremony⁵³³ ». Puisque le mahr pouvait être transposé en des termes séculiers et respectait les principes généraux du droit des obligations⁵³⁴, il demeurerait donc exécutable. En fait, rien n'empêchait le juge de trancher sur cette entente purement contractuelle bien qu'elle soit teintée d'un caractère religieux.

⁵³¹ Linda C. McClain, « Marriage pluralism in the United States », dans Joel A. Nichols dir., *Marriage and Divorce in a Multicultural Context Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law and Religion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012 309 à la p.324 (McClain).

⁵³² *Aziz v. Aziz*, 488 N.Y.D.2d 123 (sup. Ct Queens County 1985) (*Aziz v. Aziz*).

⁵³³ *Ibid* à la p. 324.

⁵³⁴ *Ibid.* à p. 324 (la cour a aussi fait référence à *Avitzur v. Avitzur*).

Outre l'état de New-York, certains États ont donné force à des obligations apparentées⁵³⁵. Ainsi, à titre d'illustration, la Cour d'appel de la Floride dans *Akhileh v. Elchahal*⁵³⁶, a reconnu la force d'un contrat de mariage religieux, citant d'ailleurs à l'appui la décision rendue dans l'affaire *Aziz*. Dans cette affaire, Madame Akhileh en appelait de la décision du tribunal inférieur ayant déterminé que le sadaq, une obligation équivalente au mahr, n'était pas exécutable. Réexaminant l'affaire de novo, la Cour d'appel en est toutefois arrivée à la conclusion contraire. La majorité a alors déterminé que le sadaq respectait les principes du droit général des obligations et qu'il était exécutable⁵³⁷.

Évidemment, un contrat de mariage religieux doit rester valide en regard du droit des obligations pour pouvoir être exécuté. Dans une affaire semblable *Habibi-Fahnrich v. Fahnrich*⁵³⁸, la Cour suprême de New-York a jugé que le sadaq ne possédait pas de force exécutoire. Plutôt, elle a déterminé que le contrat ne respectait pas les principes généraux du droit des obligations ; selon le juge l'objet de l'entente n'était pas assez spécifique pour que la cour lui donne

⁵³⁵ Pascale Fournier, *Muslim Marriage in Western Court: Lost in Transplantation*, Burlington, Ashgate, 2010 aux p. 72 et ss. (Lost in Translation).

⁵³⁶ *Akhileh v. Elchahal* 666 So.2d 246 (Fla dist. App. 1996).

⁵³⁷ *Aziz v. Aziz*, *supra* note 532 à la p. 248 (La cour a déterminé, contrairement à ce qui avait été jugé en première instance, que le contrat possédait une force juridique. Toutefois, elle ne s'est pas prononcée sur l'obiter dictum du jugement précédent qui laissait sous-entendre que Madame n'aurait pas eu droit à une compensation malgré le fait que la clause sur le sadaq était bel et bien valide. Le juge avait alors conclu que « the court would find that the adaq was meant to protect the wife from an unwanted divorce. As such, the trial court would not order the husband to pay the wife the postponed sadaq since the wife was "the one that chose to pursue the divorce»).

⁵³⁸ *Habibi-Fahnrich v. Fahnrich*, No. 46186/93; 1995 WL 507388 (N.Y. Sup. Ct. 1995).

effet⁵³⁹. Bien que pouvant théoriquement lier les époux, un tel contrat doit néanmoins rester valide tout comme doit l'être tout autre type de contrat.

Il reste que les litiges concernant l'exécution du mahr sont soumis à l'appréciation des tribunaux. Les juges doivent examiner chaque affaire en fonction de leur contexte. On constate néanmoins que bien que possédant un caractère religieux, le mahr comme la ketubah devraient demeurer des contrats susceptibles d'exécution et ce, s'ils respectent les règles générales du droit des obligations.

Tant les tribunaux du Canada que de l'État de New-York ont fait des efforts considérables afin de prendre en compte les problèmes soulevés par la cohabitation des normes juridiques avec les normes religieuses en terre séculière. Bien que ces initiatives soient imparfaites, il reste que les mesures législatives, comme les raisonnements émis par les tribunaux, ont permis de donner une certaine marge de manœuvre aux femmes croyantes étant aux prises difficultés dans leur divorce. Ainsi, l'évolution de la jurisprudence sur la question des ententes fondées sur des préceptes religieux a permis au droit étatique d'aborder certaines dimensions des divorces religieux qui demeuraient hors champ pour les tribunaux. Comme Ayelet Shachar le mentionne, lorsque les cours ne se prononcent pas sur ces aspects, de peur d'empiéter sur le domaine religieux, cela a de lourdes conséquences; « (it) translates into immunizing wrongful behavior by more powerful parties »⁵⁴⁰.

⁵³⁹ *Odatalla v. Odatalla* 810 A.2d 93 (N.J. Super. 2002) (par exemple).

⁵⁴⁰ *New Dilemmas*, *supra* note 284 à la p. 124.

D. Conclusion

Nous avons démontré que le Canada, les États-Unis et l'État de New-York particulièrement ont fait des efforts considérables quant à la considération de l'ordre normatif religieux au cours des dernières décennies. Autant par l'adoption de mesures législatives ponctuelles que par l'évolution de leur jurisprudence respective, ces derniers ont fait en sorte de reconnaître certaines normes religieuses en droit. Très certainement, cette reconnaissance a eu une forte incidence sur la manière dont les membres de minorités religieuses réalisent leurs droits les plus fondamentaux. Bien qu'imparfaite, ces impacts sont significatifs pour les femmes croyantes. Non seulement une telle réception permet la pleine manifestation de leurs croyances, puisque favorisant le libre exercice de la religion, mais la considération des normes religieuses en matière de divorce engendre une égalité substantielle. Ainsi, nous pouvons affirmer que, dans ce contexte, la prise en compte de la réalité internormative par les États séculiers permet véritablement aux femmes croyantes de jouir de leurs droits et libertés fondamentales de manière plus efficace.

III. CONCLUSION ANALYTIQUE

Dans le cadre de cette étude, nous avons constaté que la gestion de la diversité religieuse dans les États séculiers implique parfois la reconnaissance de normativités parallèles. De plus, nous avons observé que la considération de cette réalité internormative par le droit est bidimensionnelle : tant l'interprétation de la liberté de religion que l'application de certaines dispositions législatives permettent la réception de cette normativité en droit positif⁵⁴¹. C'est en s'attardant à la question du divorce religieux au Canada et aux États-Unis que nous avons pu analyser les impacts de cette reconnaissance chez les croyantes résidant sur ces territoires. Nous nous sommes alors demandé si la réception partielle des normes religieuses en matière de divorce permettait à ces femmes de jouir plus pleinement de leurs droits et libertés fondamentales.

Les questions abordées dans cette étude sont assez complexes et comportent par le fait même de multiples dimensions. Pour cette raison, nous concluons la présente en nous concentrant sur deux aspects principaux à l'image des grandes divisions de ce mémoire. D'abord, dans une perspective plus globale, nous nous attarderons à la mise en œuvre des obligations internationales concernant la liberté de religion par les États étudiés. Dans cette optique, nous reviendrons sur la latitude que permet l'interprétation des droits fondamentaux quant à la réception des normes religieuses. Par la suite, nous démontrerons comment la considération de la réalité internormative permet une réelle modulation de la mise en œuvre

⁵⁴¹ Landheer-Cieslak, *supra* note 123 à la p. 468 et suivantes (Selon l'auteure les règles religieuses sont reconnues en droit québécois. Elle divise ses observations en deux catégories distinctes; « la prise en considération de la règle religieuse par l'application de la règle de droit » et « la prise en considération de la règle religieuse par l'interprétation des libertés et droits fondamentaux de la personne ». Bien qu'elle concentre son étude sur la province du Québec, on observe que l'on peut transposer cette analyse bidimensionnelle au droit américain et au droit canadien. En effet dans ces deux États tant l'interprétation des droits et libertés fondamentaux que l'applications de certaines dispositions législatives permettent de reconnaître la normativité religieuses.)

des droits et libertés fondamentales des femmes croyantes. Une attention particulière sera portée à l'analyse des approches législatives et jurisprudentielles par lesquelles les normes religieuses encadrant le divorce peuvent être reconnues.

A. LA LIBERTÉ DE RELIGION ET LA RECONNAISSANCE DE LA NORMATIVITÉ RELIGIEUSE

Tant le Canada que les États-Unis sont des États dualistes⁵⁴². Contrairement au monisme⁵⁴³, cette philosophie présuppose que le droit international et le droit national s'envisagent comme deux systèmes législatifs distincts⁵⁴⁴. Les États de juridiction dualiste se doivent de transposer les obligations de droit international dans leur droit interne afin de rendre leurs engagements tangibles⁵⁴⁵. Comme le Canada et les États-Unis ont ratifié de nombreuses conventions internationales protégeant les droits et libertés fondamentales, il est impératif que les normes y étant édictées soient incorporées dans leur droit national. En vertu du *Pacte relatif aux droits civils et politiques*, par exemple, ils se sont engagés à :

« à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur ⁵⁴⁶ ».

⁵⁴² Jean François Gaudreault-Desbiens, « The State Management of Legal and Cultural Diversity in Canada » dans *Cultural Diversity and the Law*, Marie-Claire Flobets, Jean-François Gaudreault-Desbiens et Alison Dundas Renteln dir., Bruxelles, Bruylant et Yvons Blais, 2010, 195 à la p. 204 (The State Management).

⁵⁴³ *Ibid* (Les États de juridiction moniste perçoivent le droit international et le droit national comme « two levels of the same global, overarching, legal order »).

⁵⁴⁴ *Ibid*.

⁵⁴⁵ *Ibid*.

⁵⁴⁶ *Pacte relatif aux droits civils et politiques*, *supra* note 54, art. 2 (2).

Or, comme nous l'avons constaté, la liberté de religion est protégée à la fois par le 1^{er} Amendement de la Constitution américaine et par l'article 2 a) de la Charte canadienne.

Par ailleurs, il est clair à la lecture de l'article 18 du *Pacte relatif aux droits civils et politiques* que la liberté de religion comporte deux dimensions principales⁵⁴⁷. Nous avons constaté en première partie que tant le droit américain que le droit canadien reconnaissent la nature bidimensionnelle de cette liberté fondamentale. Ce faisant, on peut affirmer que le droit international tout comme le droit interne du Canada et des États-Unis protège à la fois le droit de croire, la dimension interne, et le droit de manifester ses croyances, la dimension externe.

Rappelons que la protection de cette dimension externe vise une multitude d'actions. Parmi celles-ci, on peut relever, entre autres, l'accomplissement de rites de pratiques, l'enseignement des croyances religieuses et la pratique d'un culte. À priori, on constate que l'observance des normes religieuses ne semble pas protégée directement par la dimension externe de la liberté de religion. On comprend néanmoins que l'ensemble des actions accomplies par les croyants pour manifester leur religion est le plus souvent le résultat de l'application des normes religieuses auxquelles ils sont soumis. Ainsi, c'est dans cet esprit que l'on peut penser, tout comme Donna J. Sullivan l'affirme, qu'en droit international « The right to manifest religion or belief encompasses the right to observe and apply religious law ⁵⁴⁸ ».

De même, en droit canadien, il a été déterminé que « la liberté de religion impliquait pour le croyant le droit de se conformer aux préceptes de sa religion ainsi que le droit de ne

⁵⁴⁷ Frédéric Mégret, *supra* note 56 à la p. 271.

⁵⁴⁸ Sullivan, *supra* note 103 à la p. 804.

pas être empêché ou entravé dans le respect de ses règles⁵⁴⁹ ». Aux États-Unis, sans être aussi clair, l'état du droit reste similaire. En effet, dans l'affaire *Wisconsin v. Yoder*⁵⁵⁰, la Cour Suprême des États-Unis a jugé que l'existence de normes religieuses encadrant la vie des croyants constituait un facteur déterminant afin d'évaluer la sincérité des croyances d'un individu⁵⁵¹. Ainsi, on comprend qu'en considérant la normativité religieuse comme un facteur démontrant l'existence de croyances sincères, les tribunaux permettent la réception de normes religieuses par le jeu de la clause du libre exercice.

L'interprétation de la liberté de religion permettrait de recevoir des normes religieuses à l'intérieur de certaines limites⁵⁵² et ce tant en droit canadien qu'en droit américain. Fort de cette constatation, on remarque que le libre exercice de la liberté de religion constitue le fondement même d'une certaine « autonomie normative en matière religieuse⁵⁵³ » pour les croyants. Ainsi, afin de respecter les préceptes de leur religion, ces derniers ne pourraient être contraints d'agir à l'encontre de leurs croyances⁵⁵⁴. De même, ceux-ci devraient pouvoir manifester leurs croyances sans contraintes⁵⁵⁵. Bien que l'interprétation de la liberté de religion admette une certaine reconnaissance de la normativité parallèle, il reste que des mesures législatives ponctuelles demeurent nécessaires afin de tenter d'harmoniser le droit

⁵⁴⁹ Landheer-Cieslak, *supra* note 123 à la p. 481 et *R. c. Big M Drug Mart*, *supra* note 119 à la p. 336.

⁵⁵⁰ *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972) aux p. 215-217; (Dans cette affaire, des membres de la communauté Amish avaient saisi les tribunaux de l'État du Wisconsin puisqu'ils soutenaient que les lois de l'État, obligeant les enfants à fréquenter l'école jusqu'à la huitième année, portaient atteinte à la clause de libre exercice. Avant de leur donner raison, la Cour Suprême des États-Unis a dû se demander si de telles pratiques (ou le suivi d'un tel mode de vie) pouvait être considérées comme une manifestation des croyances religieuses sincères au sens du droit. Pour ce faire, elle s'est appuyée sur 4 constatations : la croyance est partagée par l'ensemble du groupe, elle découle de l'interprétation de la littérature religieuse et des principes théocratiques, le système de croyances régularisent la vie quotidienne des croyants et ce système de régulation de même que le mode de vie prôné par la communauté est en place depuis un certain temps déjà).

⁵⁵¹ *Ibid.*

⁵⁵² On peut penser aux limitations d'ordre public par exemple.

⁵⁵³ Landheer-Cieslak, *supra* note 123 à la p. 481.

⁵⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵⁵ *Ibid.*

positif et le droit religieux dans des situations plus problématiques. Pareillement, leur mise en place permettrait de contrecarrer les conséquences négatives associées à la pleine réception des normativités religieuses.

B. LA CONSIDÉRATION PONCTUELLE DE LA NORMATIVITÉ RELIGIEUSE EN DROIT

INTERNE : LES FEMMES CROYANTES ET LE DIVORCE RELIGIEUX

Dans le cadre de cette étude, nous avons démontré que la cohabitation des normes juridiques étatiques et des normes juridiques religieuses en matière de divorce pose certaines difficultés. Nous avons constaté que la discordance des normativités entraîne des solutions juridiques ambiguës pour les croyantes lors de la dissolution de leur mariage. Cela est particulièrement le cas pour les femmes de confession juive ou musulmane. Pour elles, le seul prononcé du divorce par les tribunaux ne fait pas foi de la dissolution (religieuse) de leur union. Tel que nous l'avons vu, il arrive que leur union soit encore considérée comme valide en vertu des normes religieuses auxquelles elles sont soumises. Ainsi, certaines d'entre elles demeurent mariées religieusement contre leur volonté et cela contribue à accentuer leur vulnérabilité au sein de la communauté.

En observant cette situation d'internormativité à laquelle ces croyantes sont confrontées, on prend rapidement conscience de ses enjeux. On comprend alors que, dans certains contextes, il est parfois nécessaire de coordonner les rapports entre les ordres normatifs. C'est dans cette perspective qu'il convient de se repositionner quant à l'étanchéité de l'ordre normatif juridique⁵⁵⁶. On peut se demander, comme nous l'avons fait au cours de cette étude, si une certaine perméabilité du droit positif aux autres formes de droit permettrait

⁵⁵⁶ Jean-François Gaudreault-Desbiens et Diane Labrèche, *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain : l'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009 à la p. 12.

réellement de réaliser des objectifs d'égalité et de préservation de la diversité (ou de l'identité religieuse). Tout comme Ayelet Shachar, nous sommes d'avis que, dans la situation qui nous intéresse: « [a] carefully regulated recognition of multiple legal affiliations (and subtle interactions among them) can allow devout women to benefit from the protections offered by the state to other citizens – yet without abandoning the tenets of their faith ⁵⁵⁷ ».

Or, la coordination des ordres juridiques en matière de divorce nécessite la reconnaissance ponctuelle des normes religieuses. C'est d'ailleurs ce que le Canada et l'État de New-York ont tenté de mettre en place en adoptant l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce* et en modifiant le *Domestic Relations Law*. Par ces mécanismes législatifs, ils ont reconnu l'existence et l'importance des normes religieuses pour les croyants y étant soumis. Cette considération de la norme religieuse par le législateur a alors permis aux tribunaux étatiques d'attribuer « des effets de droit au sein de l'ordre juridique étatique⁵⁵⁸ » à une problématique particulière ancrée dans les préceptes de la religion.

De même, il a été démontré que la norme religieuse peut être reçue en périphérie de ces initiatives législatives. Tant les tribunaux américains que canadiens ont le pouvoir de se prononcer sur des questions de droit malgré le fait qu'elles comportent une dimension religieuse⁵⁵⁹. C'est en se concentrant sur l'aspect purement juridique de ces problématiques mixtes qu'ils ont pu reconnaître le caractère exécutable du mahr ou d'une clause de la ketubah par exemple. Pareillement, en matière de divorce, les tribunaux ont donné force à des obligations financières et les ont déclarées juridiquement exécutable au bénéfice des femmes qui en sont les créancières la plupart du temps.

⁵⁵⁷ The New Dilemmas, *supra* note 284 aux p. 119 et 120.

⁵⁵⁸ Landheer-Ciselak, *supra* note 123 à la p. 470.

⁵⁵⁹ *Bruker c. Markovitz*, *supra* note 349 (en droit canadien); *Avitzur*, *supra* note 350 (en droit new-yorkais) et *Jones v. Wolf*, *supra* note 518 (en droit constitutionnel américain).

C'est dans cette perspective qu'il est possible d'affirmer que le Canada à l'instar de l'État de New-York a tenté d'apporter une solution séculière à un problème juridique comportant une dimension religieuse⁵⁶⁰. Il s'agit là d'une importante ouverture du droit à la réception de la normativité religieuse parallèle. Par l'application des règles de droit et par la consécration de la justiciabilité de certaines obligations, ces États ont mis en place un véritable dialogue (inter)normatif⁵⁶¹. Ainsi, cette « coordination des espaces normatifs⁵⁶² », a permis au droit positif d'aborder certaines situations qui demeuraient hors du champ pour l'ordre normatif étatique. Ce faisant, les États ont tenté d'apporter des solutions séculières à des problématiques comportant une dimension religieuse et ont fait de certains problèmes prenant place dans la « sphère privée » un enjeu « public ».

1. *TRAITER DU RELIGIEUX PAR LE DROIT INTERNE SÉCULIER :*

Comme nous l'avons exposé en première partie, tant le Canada que les États-Unis, prônent la séparation de l'État et de la religion. Ce principe est énoncé explicitement dans la Constitution américaine et découle de l'alinéa 2 a) de la Charte canadienne, protégeant la liberté de conscience et de religion. Par conséquent, on comprend que, dans ces États, l'ordre normatif juridique (étatique) évolue distinctement de l'ordre normatif religieux. De ce fait, les tribunaux canadiens et américains ont longtemps été réticents à se prononcer sur des questions juridiques comportant une dimension religieuse. Mais cette réticence, bien que conditionnée par de justes motivations, s'est estompée graduellement⁵⁶³. En effet, nous avons observé que, actuellement, la stricte séparation du civil et du religieux ne fait plus obstruction à une rencontre entre ces deux ordres normatifs. Pour cette raison, il demeure

⁵⁶⁰ The New Dilemmas, *supra* note 284 à la p. 127.

⁵⁶¹ Bosset et Eid, *supra* note 45.

⁵⁶² Karim Benyekhlef, *supra* note 8 à la p. 5

⁵⁶³ *Bruker c. Markovitz*, *supra* note 349; *Avitzur*, *supra* note 350 et *Jones v. Wolves*, *supra* note 518

possible pour le législateur comme pour les tribunaux de considérer ponctuellement la normativité religieuse.

2. DE LA « SPHÈRE PRIVÉE » À L'INTÉRÊT PUBLIC; LES IMPACTS DE LA PRISE EN COMPTE DE LA NORME RELIGIEUSE

Grâce à la mobilisation du mouvement féministe au cours du XX^{ème} siècle, les États ont commencé à s'intéresser à certains aspects du droit de la famille progressivement⁵⁶⁴. Ainsi en est-il du partage équitable des biens lors d'un divorce et de la sécurité économique des ex-épouses qui sont des domaines qui, autrefois, étaient relégués à la sphère privée. Tant le Canada que les États-Unis ont adopté des mesures législatives ayant pour objectif de redresser les inégalités entre les sexes dans ce contexte.

Néanmoins, on constate que le droit ne s'est pas attardé à toutes les questions relatives au divorce et aux inégalités entre les époux. À titre d'illustration, nous avons constaté que les divorces religieux en contexte séculier emportent leur lot de complications pour les femmes croyantes. La réalité internormative à laquelle elles sont confrontées dans ce contexte ne devrait pas miner leur droit à l'égalité. Elles devraient être en mesure de bénéficier de la protection des droits fondamentaux que leur confère leur statut de citoyenne américaine et canadienne, sans pour autant faire abstraction de leurs croyances religieuses. Comme Ayelet Shachar le souligne, « It demonstrate that for some observant women, the claim for achieving greater gender equality and legal protection as female citizens may in part be informed by their claim for religious recognition and accommodation⁵⁶⁵ ».

⁵⁶⁴ Laura T. Kessler, "New Frontiers in family law", (2009) 11 Utah Law Review 227 à la p. 227.

⁵⁶⁵ The New Dilemmas, *supra* note 284 à la p. 120.

Ainsi, pour favoriser l'atteinte de l'égalité substantielle, les États se doivent d'intervenir dans la sphère privée et ce, même si certaines situations concernent à la fois l'ordre normatif juridique et l'ordre normatif religieux. Cela est particulièrement important pour les femmes croyantes. Comme Anat Scolnicov le souligne, pour elles, l'égalité réelle passe par le droit de manifester leurs croyances en tant que membres de leur communauté religieuse. Autrement dit, c'est par la possibilité d'agir conformément aux préceptes de leur religion qu'elles pourront réaliser pleinement leurs droits les plus fondamentaux. Dans cette optique, l'auteure affirme alors que:

« What happens within and by religious communities should be of concern to international and national law. Religious freedom is not about 'all or nothing' –either you choose to take part in a religion and must accept inequalities, or you must cease to belong to that religion⁵⁶⁶ »

On comprend donc que le Canada, comme les États-Unis, doit aussi se concentrer sur la mise en oeuvre de l'égalité entre les membres des communautés. Le droit se doit de pénétrer, en partie, la sphère dans laquelle ces derniers évoluent. Les mesures adoptées afin de promouvoir l'égalité devraient viser les femmes en général mais aussi les femmes en tant qu'individu croyant.

Dans un autre ordre d'idées, nous avons constaté que d'envisager la liberté de religion comme un droit de groupe peut poser certaines questions. Plus particulièrement, on remarque que les États qui ne se concentrent que sur la protection de l'identité de la minorité religieuse, risquent alors de s'aventurer dans les méandres du « paradoxe du

⁵⁶⁶ Scolnicov, *supra* note 53 à la p. 127.

multiculturalisme⁵⁶⁷». Autrement dit, en accommodant le groupe plutôt que les individus en faisant partie, ils risquent de favoriser la perpétuation de pratiques inégalitaires à l'intérieur même du groupe.

Par ailleurs, on observe que sans la considération de la normativité religieuse, il aurait été difficile de cerner cet enjeu important. C'est alors que l'on prend réellement conscience de l'espace créé par la rencontre des univers normatifs. Bien que se situant en périphérie du droit positif, il reste qu'une attention particulière doit être accordée aux formes de droit dites parallèles. Dans cette optique, on conçoit que le droit doit désormais s'envisager dans une perspective globale.

⁵⁶⁷ Multicultural Jurisdiction, *supra* note 9 à la p. 17.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

Droit International

Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes, Res AG 34/180 Doc off NU, 34^e sess, supp no 46 (1981).

Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction Rés AG 36/55 Doc off AG NU, 36^e sess, supp no 15 (1981).

Déclaration universelle des droits de l'homme, Rés AG 217 (III) Doc off AG NU 3^e sess, supp no. 13, Doc NU a/810 (1948) 71.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, RT Can 1976 no. 47, 6 ILM 368.

Droit canadien

Arbitration Act SO 1991 c-17.

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64.

Loi sur le divorce, LRC 1985, c.3 (2^{ème} supp.).

Droit américain

N.Y. Domestic Relations Law § 236-253 (Supp. 1990).

US Constitution amend I et XIV.

JURISPRUDENCE

Jurisprudence canadienne :

Amlani v. Hirani, [2000] BSCS 1653.

Bruker c. Markovitz, [2007] 3 R.C.S. 607.

Congrégations des Témoins de Jéhovah c. Lafontaine, [2004] 2 R.C.S. 650.

Dagenais c. Société Radio-Canada, [1994] 2 R.C.S. 835.

Kaddoura v. Hammoud, [1998] 168 D.R.L. 4th 403 (ONCS).

Khan c. Khan, [2005] ONCJ 155.

Khanis v. Noormohamed, [2009] 177 A.C.W.S (3d) 446 (OSCJ)

Khanis v. Noormohamed, [2011] ONCA 127.

M. (N.M.) v. M. (N.S.), [2004] BCSC 346.

Nathoo v. Nathoo, [1996] 68 A.C.W.S. (3d) 487 (SC).

R c. Big M Drug Mart, [1985] 1 R.C.S. 295.

R c. Edward Books, [1986] 2 R.C.S. 713.

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103.

Re Morris and Morris, [1973] 42 D.L.R. (3d) 550 (Man CA).

S.L. c. Commission scolaire des Chênes, [2012] 1 R.C.S. 235.

Syndicat Northcrest c. Amselem, [2004] 2 R.C.S. 551.

Yar v. Yar, [2011] ONSC 301.

Yar v. Yar, [2012] 224 A.C.W.S. (3d) 703 (ONCA).

Jurisprudence américaine :

Aziz v. Aziz, 488 N.Y.D. 2d 123 (Sup. Ct Queens County 1985).

Akhileh v. Elchahal, 666 So 2d 246 (Fla dist. App. 1996)

Avitzur v. Avitzur, 58 N.Y.2d. 108 (1983).

Cantwell v. Connecticut, 310 US 296 (1940).

Employment Division Department of Human Resources v. Smith, 494 U.S. 872 (1990).

Habibi-Fahnrich v. Fahnrich, No. 46186/93; 1995 WL 507388 (N.Y. Sup. Ct. 1995).

In Re Marriage of Goldman 54 N.E. 2d 1016 (Ill App. Ct. 1990).

In Re White's Estate, 356 N.Y.S. 2d 208, 210 (NY Sup. Ct, 1974).

Jones v. Wolf, 443 U.S. 595 (1979).

Lemon v. Krutzman, 490 U.S. 680 (1989).

Odatalla v. Odatalla, 810 A. 2d 93 (N.J. Super. 2002)

Mojdeh M. v. Jamshid 36 Misc. 3d 1209 (Kings Sup. Ct. 2012).

Reynolds v. United States, 98 U.S. (8 Otto.) 145 (1878).

Rubin v. Rubin, 348 N.Y.S. 2d. 61 (1973).

Thomas c. Review Board of the Indiana Employment Security Division, 450 U.S. 707 (1981).

United-States v. Lee, 455 U.S. 252 (1982).

Wallace v. Jaffree, 472 U.S. 38 (1985).

Watson v. Jones, 80 U.S. 679 (1872).

Waxstein v. Waxstein, 395 N.Y.S. 2d 877 (1976).

Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972).

DOCTRINE

Monographies

Anderson, George. *Le fédéralisme : une introduction*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2010.

Arnaud, André-Jean et Marie-Josée Farinas Dulces, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

Atlan, Gabrielle. *Les Juifs et le divorce*, Bern, Peter Lang, 2002.

Benyekhlief, Karim. *Une possible histoire de la norme*, Montreal, Thémis, 2008.

Blanc, François-Paul. *Le droit Musulman*, Paris, Dalloz, 2007.

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, Cowansville, Yvon Blais, 2008.

Castilli Mireille D. Goubeau, Dominique *Le droit de la famille au Québec*, Québec, Les presses de l'Université Laval, 2006.

Chemirinsky, Erwin. *Constitutional Law*, New York, Aspen Law and Business, 2002.

Clark, Homer H. Jr. *The law of Domestic Relations in the United States*, St-Paul, West Pub. Co., 1988.

- Doytcheva, Milena. *Le multiculturalisme*, Paris, La Découverte, « Repères », 2011
- Fournier, Pascale. *Muslim Marriage in Western Court: Lost in Transplantation*, Burlington, Ashgate, 2010.
- Fyzee, Asaf A.A. *Outlines of Muhammadan Law*, Delhi, Oxford University Press, 4th ed, 1974.
- Hennebel, Ludovic. *La jurisprudence du comité des droits de l'homme des Nations Unies*, Bruylant, Bruxelles, 2007.
- Howard, Erica. *Law and the Wearing of Religious Symbols*, Londres-New-York, Routledge, 2012.
- Hogg, Peter. *Constitutional law of Canada*, Toronto, Carswell, 2010.
- Jayawickrama, Niyal. *The Judicial Application of Human Rights Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 639.
- Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship : A liberal theory of minority rights*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- Kymlicka, Will. *La voie canadienne. Repenser le multiculturalisme*, Montréal, Boréal, 2003.
- Landheer-Cieslak, Christelle. *La religion devant les juges français et québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006.
- Okin, Susan Moller. « Is Multiculturalism Bad for Women? », dans Susan Moller Okin dir., *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton, Princeton University Press, 1999, 7.
- Phillips, Anne. *Multiculturalism without culture*, Princeton, Princeton University Press, 2007.
- Régnière, Sophie. *Une union proclamée au ciel*, Saint-Nicolas, Les Presses de l'Université Laval, 2002
- Roy, Ingrid. *Vers un droit de participation des minorités à la vie de l'État?*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2006.
- Savidan, Patrick. *Femmes et Multiculturalisme : quelle reconnaissance pour quelle justice?*, Paris, Presses de l'Université Paris Sorbonne, Raison Publique 9, 2008.
- Schabas, William A. *Précis du droit international des droits de la personne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997.
- Scolnicov, Anat. *The Right to Religious Freedom in International Law*, Routledge, Londres-New York, 2011.
- Shachar, Ayelet. *Multicultural Jurisdiction : Cultural Differences and Women Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

Syrtaash, Jonh. *Religion and Culture in Canadian Family Law*, Toronto et Vancouver, Butterworths, 1992.

Taylor, Charles. *Multiculturalism and « The Politics of Recongnition*, Princeton, Princeton University Press, 1994 à la p. 57.

Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, Minesota, The Foundation Press, 1998.

Articles : périodiques et ouvrages collectifs

Bakht, Natacha. « Were Muslims barbarians really knocking on the Gate of Ontario?: The Religious Arbitration », *Revue de droit d'Ottawa*, 2006, 67.

Barnett. Adrienne « Getting a get – The Limits of Law Authority ? », (2000) 8 *Feminist Legal Studies* 241.

Benoît-Rohmer, Florence. « Droit des minorité et minorités religieuses », dans *Minorités religieuses dans l'espace européen*, Jean-Pierre Bastian et Francis Messner dir, Paris, Éditions PUF, 2007,13.

Berman, Lori G. « A Cross-National Comparaison of Approaches to Religious Diversity : Canada, France and the United-States », dans Lori G. Berman et Peter Breyer dir, *Religion and Diversity in Canada*, Leiden et Boston, Brill, 2008.

Bosset, Pierre et Paul Eid. « Droit et religion : de l'accommodement raisonnable à un dialogue internormatif? », (2007) 41 *R.J.T.* 513.

Boyle, Kevin. « Freedom of Religion in International law », Javaid Rehman & Susan C. Breau dir., *Religion, Human Rights and International law a critical examination of Islamic state practices*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 23.

Beyer, Peter. « From Far and Wide: Canadian Religious and Cultural Diversity in a Global/Local Context », dans Lori G. Beaman et Peter Beyer, dir., *Religion and Diversity in Canada*, Leiden et Boston, Brill, 2008, 9.

Broyd, Micheal J. « New York's regulation of Jewish marriage: covenant, contract, or statute? », dans Joel A. Nichols dir, *Mariage and Divorce in a Multicultural Context : Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law and Religion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 138.

Bunch, Charlotte et Samantha Frost « Women's Human Rights: An Introduction », dans *International Encyclopedia of Women: Global Women's Issues and Knowledge*, New-York, Routledge, 2000, 1.

Charlesworth, Hilary. « What are Women's International Human Rights? », dans Rebecca J. Cooke dir, *Human Rights of Women*, Philadelphie, University of Pensylvania Press, 1994, 58 à la p. 58 (Charlesworth).

Chinkin, Christin. « Women Human Rights and Religion: How do they Co-Exist? », dans *Religion Human Rights and International Law*, Javaid Rehman Et Susan C. Breau dir, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 53.

De Blois, Matthjis. « Jewish family law and secular legal orders : the example of get refusal », dans Jane Mair et Esin Orucu dir, *The Place of Religion in Family Law: A Comparative Search*, Cambridge, Intersentia, 2011, 207.

Delmas-Marty, Mireille « La dimension sociale de la mondialisation et les transformations du champ juridique », Conférence publique donnée à l'Institut international d'études sociales, présentée à Genève, Novembre 2006, p. 5 et 6 en ligne : <http://www.ilo.org/public/french/bureau/inst/edu/publcs.htm> (page consultée le 5 novembre 2013).

Eisenstadt, Shmuel N. « The Resurgence of Religious Movements in Processes of Globalization-Beyond the End of History or the Clash of Civilisations », dans Mathias Koenig et Paul de Guchteneire dir., *Democracy and Human Rights in Multicultural Societies*, Hampshire et Burlington, UNESCO Publishing et Ashgate, 2007.

Evans Joan A., « Religious Accommodation in the Workplace : Can we Strike a Balance? » (2007), Schmidt Labor Research Center Seminar Paper Series, University of Rhode Island.

Fishbayn, Lisa « Gender multiculturalism and dialogue: the case of jewish divorce » (2008) 21 Can J.L. & Juris 71.

Fournier, Pascale. « Calculating the claims: Jewish and Muslim women navigating religion, economics and law in Canada » (2012) 8 International Journal of Law in Context, 47.

Fournier, Pascale, Aida Setrakian et Pascal McDougall, « No-Fault Talaq : Islamic Divorce in Canadian Immigration and Family Law », dans Jørgen S. Nielsen, Werner Menski & Rubya Mehdi dir, *Interpreting Divorce Law in Islam*, Compenhague, DJØF Publishing, 2012.

Fournier, Pascale. «The (Canadian) Shadow of Islamic Law : translating Mahr as a Bargaining Endowment », (2006) 44 Osgoode Hall L-J 649.

Gaudreault-Desbiens, Jean-François. « Constitutional Values, Faith-Based Arbitration, and the limits of Private Justice in a Multicultural Society » (2005) 19 N.J.C.L. 155.

Gaudreault-Desbiens, Jean-François. « The State Management of Legal and Cultural Diversity in Canada » dans *Cultural Diversity and the Law*, Marie-Claire Flobets, Jean-François Gaudreault-Desbiens et Alison Dundes Renteln dir., Bruxelles, Bruylant et Yvons Blais, 2010, 195.

Gaudreault-Desbiens Jean-François et Diane Labrèche, *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain : l'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.

Howland, Courtney W. « The Challenge of Religious Fundamentalism to the Liberty and Equality Rights of Women: An analysis Under the United Nations Charter », (1997) 35 Columbia Journal of Transnational Law 271.

Ipgrave, Michael. « Religion in a democratic society », dans Nazila Ghanea, Alan Stephens et Raphael Walden dir, *Does God believe in Human Rights?*, Leiden et Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 45.

Jamal, Faren L. «Enforcing Mahr in the Canadian Courts », (2012) 24 no. 3 Ontario Bar Association Newsletter.

Kessler, Laura T. "New Frontiers in family law", (2009) 11 Utah Law Review 227 à la p. 227.
Kleinhans, Martha-Marie et Roderick MacDonald « What is a Critical Legal Pluralism », (1997) 12 (2) Revue canadienne Droit et société 39.

Knop, Karen, Ralf Michaels et Annelise Riles, « From Multiculturalism to Technique: Feminism, culture and the Conflict of Law Style » (2012) 64 Stanford Law Review 589.

Koenig, Matthias et de Guchteneire, Paul. « Political Governance of Cultural Diversity », dans Matthias Koenig et Paul de Guchteneire dir, *Democracy and Human Rights in Multicultural Society*, Aldershot et Burlington, Ashgate, 2007, 3.

Lacquer Estin, Ann. « Unofficial family law », dans Joel A. Nichols dir, *Marriage and Divorce in a Multicultural Context: Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law and Religion*, New York: Cambridge University Press, 2012, 92.

Langevin, Louise. Lampron, Louis-Philippe, Christelle Landheer-Ciselak, Alain Prujiner et Patrick Taillon, « L'affaire Bruker c. Markovitz : Variations sur un thème » (2008) 48 C.de D.655.

Lévesque, Anne-Marie. « Jus cogens et non-discrimination: pourquoi la discrimination n'est-elle pas interdite par une norme impérative du droit international? », 48 RJTUM 2 [à paraître en 2014].

Macdonald, Roderick. « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés modernes avancées » (2002) 33 R.D.U.S 135.

Macdonald, Roderick. «Metaphors of Multiplicity : Civil Society, Regimes and Legal Pluralism» (1998) 15 Arizona Journal of International and Comparative Law 69.

Macdonald, Roderick. «Critical Legal Pluralism as a Construction of Normativity and the Emergence of Law» dans A. Lajoie et al., dir, *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination, effectivité*, Montreal, Thémis, 1998, 12.

McClain, Linda C. « Mariage pluralism in the United States », dans Joel A. Nichols dir., *Marriage and Divorce in a Multicultural Context Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law and Religion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 309.

Mégret, Frédéric. « Le Canada à la pointe de la Tolérance? L'accommodement raisonnable à l'aune du droit de international des droits de la personne », dans Jean-François Gaudreault-Desbiens dir., *Le droit, la religion et le raisonnable*, Montréal, Thémis 2009, 265.

Moore, Benoit. « Le droit de la famille et les minorités », (2003-2004) 34 R.D.U.S. 229.

Nichols, Joel A. « Multi-tiered marriage: reconsidering the boundaries of civil law and religion », dans Joel A. Nichols dir, *Marriage and Divorce in a Multicultural Context Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law and Religion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 1.

Noreau, Pierre. « Référents religieux et rapports à la normativité », dans Jean-François Gaudreault-Desbiens dir., *Le droit, la religion et le raisonnable*, Montréal, Thémis, 2005, 383.

Philips, Anne « Multiculturalism, Universalism and the Claim for Democracy » 2001 United Nations Research Center For Social development en ligne: <http://www.unrisd.org/>.

Raday, Frances. « Religion and Patriarchal Politics: The Israeli Experience », dans Courtney W. Howland dir, *Religious Fundamentalisms and the Human Rights of Women*, New-York, St Martin's Press, 1999, 155.

Rehman, Javaid. « The Sharia, Islamic family Law and International Human Rights Law : Examining the Theory and Practif of Polygamy and Talaq », (2007) 21 Intrenational Journal of Law, Policy and the family 108.

Riis, Ole. « Mode of Religious Pluralism under Conditions of Globalization » dans dans Mathias Koenig et Paul de Guchteneire dir, *Democracy and Human Rights in Multculutural Societies*, Hampshire et Burlington, UNESCO Publishing et Ashgate, 2007.

Rocher, Guy. « L'évolution religieuse de la société québécoise », dans Jean-François Gaudreault-Desbiens dir, *Le droit, la religion et le « raisonnable »*, Montréal, Thémis, 2009, 31.

Shachar, Ayelet. « Privatizing diversity : A Cautionary Tale From religious Arbitration in Family Law » (2008) 9 *Theorical inquiries in Law* 2, 573.

Shachar, Ayelet. « State Religion and the Family : The New Dilemmas of Multicultural Accommodation », dans Rex Ahdar et Nicholas Aroney dir, *Shari'a in The West*, Oxford, Oxford Univesity Press, Shar'ia in the West, 2010, 115.

Solovy, Jodi M. « Civil enforcement of Jewish Mariage and Divorce: Constitutional Accommodation of Religious Mandate », (1996) 45 DePaul L. Rev. 493.

Sullivan, Donna J. « Gender Equality and Religious Freedom: Toward a Framework for Conflict Resolution », (1992) 23 New-York University Journal of International Law and Politics 795.

Syrtash, John T. « Celebrating the success of Canada's « get » legislation and its possible impacts on Israel » (2005) SFRLP 1.

Syrtaash, John. « Removing Barriers to Religious Remarriage in Ontario: Rights and remedies », (1986-87) 1 C.F.L.Q. 309.

Taylor, Charles. *Multiculturalism and « The Politics of Recognition »*, Princeton, Princeton University Press, 1994.

Verwilghen Michel, « Les problèmes juridiques soulevés par l'immigration musulmane », dans Jean Yves Carlier et Michel Verwilghen dir., *Le Statut personnel des musulmans*, Bruxelles, Bruylant, 1992, 21.

Walker, Eli. « Don't Throw Out my Baby! Why Dalton McGuinty Was Wrong to Reject Family Based Arbitration », (2006) 11 Appeal 94 au par 16; New Dilemmas, *supra* note 342 à la p. 124.

Zoller, Elisabeth. « Les rapports entre les églises et les États aux États-Unis: le modèle américain de pluralisme religieux égalitaire », dans Gérard Gonzalez dir., *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 13.

RAPPORTS ET ÉTUDES

Bouchard, Gérard et Taylor, Charles « Fonder l'avenir; le temps de la conciliation », Québec, Rapport préparé Commission de consultation sur les pratiques d'accommodements reliées aux différences culturelles, 2008.

Boyd, Marion. « Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusion », Ontario Ministry of the Attorney General, 20 décembre 2004, en ligne : www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/.

Macfarlane, Julie « Understanding Trend in American divorce and marriage: A Discussion Guide for Families and Communities », Clinton, Institute for Social Policy and Understanding, Rapport, Janvier 2012.

Woehrling, Jose. « La place de la religion l'école publique », Québec, Étude préparée pour le compte du comité sur les affaires religieuses du Ministère de l'éducation du Québec, 2002.

AUTRES SOURCES

Comité des droits de l'homme, *Observation générale no 22*, 48^e sess, supp no 40, Doc NU A 48/40 (1993).

Débats de la Chambre des communes, vol. VI, 2^e sess., 34^e lég., 15 février 1990.